Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

Criterios para la valoración y fijación de los estándares de prueba en el proceso penal

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política

AUTOR

Victor Jimmy ARBULU MARTINEZ

ASESOR

Dr. Raul Ernesto MARTINEZ HUAMAN

Lima, Perú

2025



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Arbulu, V. (2025). *Criterios para la valoración y fijación de los estándares de prueba en el proceso penal*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Dr. Victor Jimmy Arbulu Martinez
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	06927465
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-3253-7692
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Dr. Raul Ernesto Martinez Huaman
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	41929473
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-6549-9821
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Dr. José Félix Palomino Manchego
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06756703
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Dr. Robinson Octavio Gonzales Campos
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	07168272
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Dr. Gerson Wilfredo Camarena Aliaga
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	44775852
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Dr. Victor Mario Amoretti Pachas
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	08801553
Datos de investigación	
Línea de investigación	E.1.2.3. Derecho Procesal Penal
Grupo de investigación	“__“
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento.
Ubicación geográfica de la investigación	Universidad Nacional Mayor de San Marcos Coordenadas geográficas. Latitud: -12.05819215 Longitud: -77.0189181894387
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2020-2024
URL de disciplinas OCDE	Derecho penal https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

En la ciudad de Lima, a los veintinueve días del mes de diciembre del año dos mil veinticinco, siendo las dieciocho horas, bajo la Presidencia del Dr. José Félix Palomino Manchego, con la asistencia de los Profesores: Dr. Robinson Octavio Gonzales Campos, Dr. Gerson Wilfredo Camarena Aliaga, Dr. Víctor Mario Amoretti Pachas, Dr. Raul Ernesto Martinez Huaman y el postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, **Mg. Victor Jimmy ARBULU MARTINEZ,** procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: **"CRITERIOS PARA LA VALORACIÓN Y FIJACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL".**

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado por Excelente con la calificación de veinte (20)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política al Mg. Victor Jimmy ARBULU MARTINEZ.

Se extiende la presente Acta en dos originales y siendo las diecinueve horas con cincuenta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación presencial.

Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Presidente
Profesor Principal

Dr. Robinson Octavio GONZALES CAMPOS
Jurado Informante
Profesor Principal

Dr. Gerson Wilfredo CAMARENA ALIAGA
Jurado Informante
Profesor Auxiliar

Dr. Victor Mario AMORETTI PACHAS
Miembro
Profesor Emérito

Dr. Raul Ernesto MARTINEZ HUAMAN
Asesor
Profesor Contratado

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE
SAN MARCOS
Universidad del Perú, Decana de América

CERTIFICADO DE SIMILITUD

Yo Dr. Raul Ernesto MARTINEZ HUAMAN, en mi condición de asesor acreditado con Dictamen N° 330-UPG/FD-2022 de la tesis, cuyo título es: "**CRITERIOS PARA LA VALORACIÓN Y FIJACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL"** del Mg. Victor Jimmy ARBULU MARTINEZ, para optar el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, **CERTIFICO** que se ha cumplido con lo establecido en la Directiva de Originalidad y de Similitud de Trabajos Académicos, de Investigación y Producción Intelectual. Según la revisión, análisis y evaluación mediante la plataforma PIDS, el documento evaluado cuenta con el 11% de similitud, nivel PERMITIDO para continuar con los trámites correspondientes y para su **publicación en el repositorio institucional.**

Se emite el presente certificado en cumplimiento de lo establecido en las normas vigentes, como uno de los requisitos para la obtención del grado*/ título*/ especialidad*

Lima, 05 de diciembre de 2025

Firma del Asesor

Nombres y Apellidos del asesor: Dr. Raul Ernesto MARTINEZ HUAMAN

DNI: 41929473

La vigencia del presente certificado corresponde a un período de noventa (90) días desde la fecha de su emisión; siempre que no haya observaciones en el texto durante el proceso de revisión por el jurado informante o surja alguna contingencia.

DEDICATORIA

Este trabajo se lo dedico a mis padres, Víctor Humberto Arbulú Horna (+) y a mi madre Emilia Martínez Aban quienes me inculcaron desde niño el amor al estudio.

AGRADECIMIENTOS

A mi esposa e hijos por su apoyo permanente en mi desarrollo académico

DEDICATORIA i
AGRADECIMIENTOS ii
INDICE GENERAL iii
RESUMEN ix
ABSTRACT x
INTRODUCCION 1
I. MARCO TEORICO 3
1.1. Presentación del tema y del problema 3
1.2. Formulación del problema 9
1.3. Justificación de la investigación 10
1.4. Objetivos de la investigación 10
1.4.1. Objetivo general 10
1.4.2. Objetivos específicos 10
II. ESTADO DE LA CUESTION 11
1. Antecedentes del problema. 11
2. Estado de la cuestión 15
2.1. Valoración de la prueba 16
2.2. Estándar de prueba 18
III. OBJETIVO: PROPUESTA DE SOLUCION PROYECTADA 19
1. Hipótesis 19
IV. METODOLOGIA 20
1. Tipo y diseño de la investigación 20

CAPITULO I 22
LA EPISTEMOLOGIA JURIDICA 22
1. Introducción 22
2. Aspectos conceptuales 22
3. El método 31
4. Epistemología Jurídica 32
5. Clasificación de la epistemología jurídica 38
5.1. Epistemología jurídica de la prueba o fáctica 38
5.2. Epistemología jurídica normativa 39
5.3. Epistemología socio jurídica 39

CAPITULO II 41
LA PROBABILIDAD INDUCTIVA O LOGICA 41
1. Antecedentes 41
2. La inducción y la investigación científica 43
3. Concepto de probabilidad 46
4. Probabilidad baconiana 48
5. Probabilidad matemática 50
6. Probabilidad lógica o inductiva como un tipo de razonamiento probatorio 52
7. Grados de confirmación y verdad 54

CAPITULO III 62

LA PRUEBA DESDE EL DERECHO PROBATORIO 62
1. Generalidades 62
2. Principios que rigen la prueba penal 64
3. Finalidad y objeto de prueba 67
4. Lo que no son objeto de prueba 70
5. La clasificación de la prueba 72
6. Medios de prueba 75
7. Momentos de la actividad probatoria 76
8. Requisitos de los medios de prueba 76
9. Convenciones probatorias como formas de simplificación Procesal 78
10. Nueva prueba en juicio oral 79
11. Prueba Indiciaria 81
12. Prueba preconstituida 83
13. Prueba prohibida 84
14. Contaminación de las fuentes de prueba 88

CAPITULO IV 90
LA CONFORMACION DE LOS ELEMENTOS DE JUICIO 90
1. Generalidades 90
2. Aspectos conceptuales 91
3. Hechos objeto de prueba 95
4. Grado de relevancia y peso probatorio 97
5. Defectos de la prueba en el ofrecimiento. La redundancia y la inutilidad 98
6. Criterios de admisión y de exclusión de la prueba 99
7. Problemas en el escenario de la admisión probatoria 105

CAPITULO V
LA LOGICA EN EL SISTEMA DE SANA CRITICA 108
1. Generalidades 108
2. La deducción 109
3. La inducción 109
4. La abducción 111
5. La lógica difusa o borrosa 115

CAPITULO VI 122
LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA EN EL RAZONAMIENTO PROBATORIO 122
1. Introducción 122
2. Aspectos conceptuales 122
3. Estructura lógica de las máximas 130
4. Funciones de las Máximas de Experiencia 133
5. Problemas de las Máximas 135
6. Máximas contradictorias 140
7. Precauciones para formular máximas de experiencia 141
8. Método para formular máximas de experiencias 143

CAPITULO VII 148

VALORACIÓN DE LA PRUEBA 148
1. Introducción 148
2. Aspectos conceptuales 150
2.1. La Verdad 150
2.2. La prueba 156
2.3. Las fases de la prueba 158
3. Epistemología y la prueba 160
4. Los Hechos 161
5. Clasificación de los Hechos 165
6. Sistemas de valoración y razonamiento probatorio 176
7. Valoración individual 171
8. Valoración conjunta 176

CAPITULO VIII 178
LA PRUEBA TESTIMONIAL 178
1. Aspectos conceptuales 178
2. Atributos de la fuente humana 180
3. Criterios en la Jurisprudencia nacional 182
3.1. Cambios de versión de imputados o testigos 182
3.2. Reglas para la valoración de la declaración del coacusado, testigo o agraviado 184
4. Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual. Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 187
4.1. Fundamentos Jurídicos 187
4.2. La Perspectiva de Género 189
4.3. Elementos de la perspectiva de género 191
4.4. Identificación de los problemas objeto de análisis jurisprudencial 191
5. Irrelevancia de la resistencia de la víctima del ataque sexual 192
6. Declaración de la víctima y el valor de declaraciones no uniformes 192
7. La prueba en los delitos sexuales 195
7.1. La prueba médico forense 195
8. Apreciación de la evidencia personal en audiencia de apelación. Casación Nº 636-2014 de Arequipa 197
9. La Casación Nº 854-2015 de Ica que fija criterios para la admisión en apelación de testimonio dado en primera instancia 199
10. Examen de la evidencia en segunda instancia según la Casación Nº 96-2014 de Tacna 200
LA PSICOLOGIA DEL TESTIMONIO 201
1. Aspectos conceptuales 201
2. Áreas de aplicación 204
3. La memoria 206
4. Clasificación de la memoria 207
5. Problemas de la memoria 208
6. La percepción 211
7. Testimonio de menores 213
8. El estereotipo 213
9. Los sesgos 214
10. Estrategias para superar los sesgos 215

11. Razones para recordar un suceso 216
12. Estrategias de recuperación de información 217
13. La entrevista cognitiva 221
14. Informar todo 221
15. Recordar los hechos en diferente orden 221
16. Cambio de ubicación 222
17. La coherencia como criterio de valoración 222
18. Existencia de detalles oportunistas a favor del declarante 223
19. La identificación de personas o cosas por el testigo 224

CAPITULO IX 226
LA PRUEBA PERICIAL 226
1. Aspectos conceptuales 232
2. Reglas probatorias 230
3. El saber especializado de parte 232
4. El Informe Pericial 233
5. El examen pericial 234
6. Aspectos epistemológicos de la prueba pericial 236
7. La Fiabilidad 239
8. Publicación de la investigación y la revisión por pares 240
9. La fuente de información 243
10. El Acuerdo Plenario Nº 4-2015 sobre la valoración de la prueba pericial. Reglas epistemológicas 244
10.1. Marco conceptual 244
10.2. Los criterios para la valoración de la prueba pericial 245
10.3. El examen médico legal en delitos sexuales 247
10.4. La pericia psicológica forense en los delitos sexuales 248

CAPITULO X 250
LOS ESTANDARES DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL PERUANO 250
1. Introducción 250
2. Análisis la Sentencia Plenaria Casatoria Nº 1-2017 253
3. Contenido de los Estándares de Prueba 256
3.1. Sospecha Simple 257
3.2. Sospecha Reveladora 257
3.3. Sospecha Suficiente 258
3.4. Sospecha Grave 258

CAPITULO XI 260
EL GRADO DE CONVICCION MAS ALLA DE TODA DUDA RAZONABLE
1. Introducción 260
2. El estándar de prueba de convicción más allá de toda duda razonable. Antecedentes Históricos 260
3. El estándar de prueba de creencia más allá de toda duda razonable en la jurisprudencia estadounidense 266

3.1. In Re Winship, 397 US 358 (1970) 31 de marzo de 1970 266

3.2. Razonamiento de la Corte Suprema de EE. UU. 268
4. El problema de dotar de contenido al estándar de prueba más allá de toda duda razonable 270
5. Legislación nacional y estándares de prueba 270
6. Legislación comparada 272
7. Fundamentos epistemológicos de la prueba 274
7.1. Nivel de suficiencia 276
8. Aspectos problemáticos en la construcción de los estándares de prueba 278
9. Función de los Estándares de Prueba 280
9.1. Factor social o moral para distribuir riesgo de error 282
10. ¿Se puede construir un estándar de prueba objetivo? 283
11. Edgar Aguilera Vs Daniel González Lagier 286
12. Valoraciones Sociales en los estándares de prueba 287
13. Estándar de prueba de la defensa 288
14. Relación entre la valoración de la prueba y el estándar 290
14.1. Diferencias entre criterios de valoración y de estándar de prueba 290
15. Análisis crítico de las propuestas de estándares de prueba en la doctrina 291
15.1. Propuesta de Daniela Accatino 291
15.2. La propuesta de estándares de prueba de Manuel Calderón 293
15.3. Propuesta de Juan Carlos Bayón para formular estándares de prueba 295
15.4. Edgar Aguilera y su crítica a la propuesta de Dei Vecchi 296
15.5. Crítica a la propuesta teórica de Georgi Gardiner 297
15.6. Crítica a las tesis de “Prueba sin Convicción” de Ferrer por Dei Vecchi 299
15.7. Crítica a Larry Laudan por Dei Vecchi 302
15.8. Estándar de Prueba que explora Larry Laudan 303
16. Propuestas de Estándares de Prueba 306
16.1 Propuesta de Daniel González Lagier 306
16.2. Enlace para probar 306
16.3. Criterios de valoración 308
16.4. Propuesta de estándares de prueba 311
17. Propuesta de Muñoz García 313
18. Propuesta de Jordi Ferrer Beltrán 315

CAPITULO XII 317
PROPUESTA DE SOLUCION PROYECTADA
1. PRIMER PROBLEMA 317
1.1. Criterios sobre la prueba personal 319
1.2. Criterios sobre la prueba material 320
1.3. Criterios sobre la prueba pericial 320
1.4. Las máximas de experiencia 320
2. SEGUNDO PROBLEMA 321

2.1. Contenido de la creencia más allá de toda duda razonable 325
2.2. Propuesta de Estándar de Prueba 325
3. TERCER PROBLEMA 327
4. CUARTO PROBLEMA 327
5. QUINTO PROBLEMA 329

CAPITULO XIII 331

CONSECUENCIAS 331

1. Consecuencias de la implementación de la propuesta 331
2. Beneficios que aporta la propuesta 332

RECOMENDACIONES 333

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS 334

RESUMEN

La presente tesis doctoral tiene como finalidad examinar la relación existente entre el sistema racional de valoración de la prueba y los estándares de prueba. Establecer si tienen una clara demarcación o hay un nexo entre ellos, o uno depende del otro.

Es de considerar que los estándares de prueba han tenido un mayor desarrollo en el sistema del common law y la idea de trasladar estas reglas al sistema euro continental, como una forma adicional de evitar el error y buscar la verdad, está presente en la doctrina, como los estudios de Michelle Taruffo, Larry Laudan, Ronald Allen y Jordi Ferrer Beltrán, siendo este último uno de los más entusiastas en impulsar la formulación de reglas de suficiencia. No debemos dejar de reconocer que existen posiciones escépticas respecto de la utilidad del estándar y otras que lo rechazan por ser una especie de reglas de prueba tasada como el profesor Jordi Nieva Fenoll.

En el Perú a través de la Corte Suprema se ha instalado lo estándares de sospecha y el de creencia más allá de toda duda razonable, por lo que este trabajo aparte de hacer precisiones conceptuales tiene como fin el dotar de criterios al estándar que permita justificar la condena de un acusado, y absolverlo si es que no se ha logrado demostrar la hipótesis inculpatoria de forma suficiente.

ABSTRACT

The purpose of this doctoral thesis is to examine the relationship between the rational system of assessment of evidence and the standards of proof. To establish whether they have a clear demarcation or there is a link between them, or one depends on the other.

It should be noted that the standards of proof have had a greater development in the common law system and the idea of transferring these rules to the Euro-continental system, as an additional way of avoiding error and seeking the truth, is present in the doctrine, such as the studies of Michelle Taruffo, Larry Laudan, Ronald Allen and Jordi Ferrer Beltrán, the latter being one of the most enthusiastic in promoting the formulation of sufficiency rules. We must not fail to recognize that there are skeptical positions regarding the usefulness of the standard and others that reject it for being a kind of rules of assessed proof, such as that of Professor Jordi Nieva Fenoll. In Peru, the Supreme Court has established the standards of suspicion and belief beyond all reasonable doubt, so this work, apart from making conceptual clarifications, aims to provide criteria for the standard that allows justifying the conviction of an accused, and acquitting him if the incriminating hypothesis has not been sufficiently demonstrated.

INTRODUCCION

La indagación de la verdad dentro del proceso penal implica varias consecuencias, tanto para el acusado como la víctima. Si se logra probar de manera suficiente la hipótesis de la fiscalía, entonces el acusado es declarado culpable y se le aplica la pena correspondiente, y también como efecto de la acción civil se fija una indemnización por el daño causado y la victima obtiene tutela en la vía judicial.

Puede darse otra situación, y es que no se logre demostrar la hipótesis inculpatoria y el acusado sea declarado absuelto, pero no significa que no haya pronunciamiento respecto de la pretensión civil de la víctima toda vez que el proceso penal es heterogéneo pues acumula la pretensión resarcitoria.

El proceso es un mecanismo generador de conocimiento, es instrumento epistémico para alcanzar la verdad, de pronto no se llega a este objetivo, pero es el norte.

En el primer capítulo de esta tesis el desarrollo de la concepción que consideramos nos da el enfoque teórico para entender la problemática de la prueba, su valoración y estándar y es la epistemología como teoria del conocimiento aplicada al campo jurídico

En el segundo capítulo se desarrolla sobre la probabilidad inductiva o lógica en el razonamiento probatorio como un método que en el camino de demostrar hechos y su representación por enunciados factuales nos permiten acercarnos a la verdad.

En el capítulo tercero se desarrolla la prueba desde el campo del derecho probatorio en tanto es un escenario obligado para la concepción epistemología de la prueba dado que las regulaciones legales permiten o contribuyen en la búsqueda de la verdad de los hechos o también pueden ser frenos para ello.

El cuarto capítulo está referido a la forma como se conforma los elementos de juicio, es decir las pruebas propiamente dichas, desde su ofrecimiento y su admisión, de tal forma que el juez tenga una información de calidad.

En el capítulo V se desarrollará sobre el sistema de sana crítica o valoración racional de la prueba que comprende la lógica o leyes del pensamiento, desde sus métodos clásicos hasta la lógica multivariada que puede ser aplicable en la apreciación de la prueba.

En el capítulo VI abordaremos las máximas de la experiencia en el razonamiento probatorio y el enfoque es crítico desde el establecimiento de generalizaciones o prácticas de sentido común y el soporte epistémico que debe contener. Sus construcciones defectuosas a las que calificamos como generalizaciones espurias o falsas.

En el capítulo VII analizaremos el sistema de valoración de la prueba y las reglas racionales que pueden desprenderse para su aplicación en el proceso penal.

El capítulo VIII abarcará el examen de la prueba testimonial, los criterios para su valoración, la aplicación de la psicología del testimonio y la crítica a la regla de inmediación y sus alcances epistemológicos.

En el capítulo IX analizaremos la prueba pericial y una de las expresiones de la aplicación de las leyes de la ciencia. Fijaremos criterios de valoración en un ámbito de desconocimiento científico por los jueces quienes desde su posición debe valorar las pericias.

El capítulo X será la parte de este trabajo donde haremos un recorrido sobre los estándares de prueba en el proceso penal peruano incorporados formalmente a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

En el capítulo XI se desarrolla un análisis de las teorías epistemológicas que abordan el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, la posibilidad o no de que estos sean objetivos, o que esta tarea no es posible totalmente por la presencia de elementos valorativos.

En el capítulo XIII presentaremos la tesis y propuesta de solución a los problemas planteados frente a la posibilidad de formulación de estándares de prueba y su relación con la valoración probatoria

En el capítulo XIV finalmente desarrollaremos las consecuencias de nuestra propuesta y cuál sería el beneficio para la comunidad juridica,

I. MARCO TEORICO

1.1. Presentación del tema y del problema

Uno de los déficits en la formación de los abogados tiene que ver con que el derecho procesal penal solo se ha limitado a abordar las reglas de como ofrecer, admitir, practicar la prueba y valorar la prueba, lo que es importante pero no suficiente.

Si revisamos autores de la doctrina nacional como Mixán Mass, García Rada, Del Valle Randich, San Martin Castro, Pablo Sánchez Velarde, Victor Cuba Villanueva, Talavera Elguera, advertimos que han hecho valiosos aportes desde el derecho probatorio, es decir haciendo dogmática procesal, pero esto ha sido insuficiente para poder fijar criterios con sustento epistémico, para alcanzar con mayor rigor la verdad, posteriormente con otra generación de procesalista, que han ido desarrollando con mayor intensidad en el razonamiento probatorio desde una lógica epistémica.

Es necesario enfatizar que, a partir de la influencia del Michelle Taruffo, de la corriente del realismo genovés, se ha ido desarrollando la concepción epistemológica de la prueba, Jordi Ferrer, Carmen Vásquez, Daniel González, Diego Dei Vecchi, Giulio Ubertis, Marina Gascón Abellán, entre otros que han propuesto interesantes ideas para enfocar mejor la investigación de la verdad en el proceso, criterios de apreciación de la prueba y estándar de prueba.

El profesor español Luis Muñoz Sabaté hizo un esfuerzo teórico de presentar el problema y plantear la necesidad de formar abogados que tengan los métodos para probar hechos, proponiendo la probática o técnica de la prueba, la que, si bien inicia desde la primera información sobre la existencia de un suceso delictivo, es parte desde nuestra visión del razonamiento probatorio.

Hay un elemento de suma importancia en la investigación y es que la recogida de evidencia (Muñoz, 2009, p.9) debe respetar el método de la ciencia, aunque la paradoja es que en la averiguación penal además se debe realizar con arreglo a las reglas procesales legales para obtener la información, es decir valores que tienen relación con la dignidad de las personas. No es la extracción de información a cualquier costo, con afectaciones graves, desproporcionadas de los derechos humanos, como fue por ejemplo el uso de la tortura que en las legislaciones como las Partidas de Españas en las que se le consideraba como un medio de prueba. La epistemología de la prueba puede colisionar con valores que se establecen como límites, pues tienen un trasfondo ético, que a veces hay que darle el peso frente a la propia investigación de la verdad.

El derecho probatorio coloca fronteras a la investigación, y fija un camino a hechos que han sucedido en ejercicio de la libertad. Para explicarnos con claridad, si un sujeto mata a otro lo hace desplegando actos que generan un resultado material, y los efectos jurídicos recaerá sobre él, si se logra determinar su autoría. Sentis Melendo (Muñoz, 2009, p. 32) lo define como una parte del derecho que se ocupa de las pruebas jurídicamente reguladas y comprende las normas que regulan la demostración de los hechos en el proceso, y que en concreto son criterios de admisión, de ejecución y apreciación.

Entonces el derecho probatorio no instruye a demostrar cosas, sino que regula el hacerlo desde una postura especialmente judicial y se entiende por técnica de la prueba al procedimiento ejecutivo, físico o intelectual que las partes procesales, con la finalidad de inquirir y probar un hecho de utilidad (Muñoz, 2009, p.32) Ahora si bien podemos entender que el derecho probatorio fija reglas, estas tienen que estar motivadas por valores como la dignidad de la persona humana por más investigado o acusado que sea.

El derecho probatorio no establece modelos para probar, sino pone las reglas legales para realizarlo, de tal manera que los actos de levantamiento de datos o actos de indagación sean cernidos en un tamiz de constitucionalidad y legalidad. De esto tiene sentido pues sostener que materialmente en la técnica de la prueba que todo lo que demuestra es prueba, aunque no sea su función.

El investigador debe ser capaz y hábil para el recojo de datos y hacer inferencias sobre lo recolectado y Muñoz (2009) sostiene que las habilidades que principalmente debe tener el probatorista, es del ser observador minucioso, capacidad de realizar deducciones o inducciones, comprensión de las cosas y consistencia narrativa (p.32) Estas habilidades la tienen quienes han sido formados en la policía nacional, pero también hay investigaciones donde no necesariamente participa la policia sino directamente el Ministerio Público, y también los letrados cuando elaboran estrategias de defensa, por lo que se requiere una formación para poder probar hechos.

La paciencia es una virtud que debe tener el averiguador que le permita obtener buenos resultados ya que (Guzmán, 2000) el manejo emocional es fundamental en los indagadores de pruebas, que deben ser disciplinados, en el uso metódico del tiempo y de sus recursos (p. 40) La paciencia, que es distinto a la lentitud, les permite llevar prudentemente las investigaciones, pues la recolección de información requiere también ese espíritu de carácter.

El delito generalmente es realizado en secreto o clandestinidad de allí que el investigador debe saber que el delincuente tiene como parte de sus estrategia delictiva no ser identificado realizando los actos necesarios para hundirse en el ocultismo, de allí es que la necesidad de vincular el hecho delictivo con el criminal, implica la necesidad de que el indagador se apoye en la criminalística. Por eso es congruente la aseveración de Muñoz (2009) cuando menciona que este secretismo en la realizacion de la actividad ilícita le da una particular importancia a la investigación y que los adelantos en las ciencias en materia de averiguación y demostración se hayan elaborado para el derecho criminal y se cristaliza por medio de la criminalística. (p.32) Clandestinidad delictiva, el hecho que el autor o cómplice busque garantizar su impunidad hacen que el descubrimiento de la verdad sea complejo.

Desde el punto de vista de la criminalística observamos que esta diferencia los conceptos indicios y evidencia, y que los indicios son informaciones que mediante deducciones conectan con fácticos ignotos del delito, y por otro lado las evidencias son también datos, empero tienen una conexión causal con un resultado dañoso. Podemos poner como ejemplo la pistola de la que salieron las balas que

hirieron letalmente a una persona. Esta prueba traslada datos objetivos. La evidencia material (Guzmán, 2000) es inerte y da hechos o realidades imparciales como un testigo silente del suceso (p. 40) El recojo de las huellas del delito, desde la bala en el homicidio, los rastros de sangre, las huellas de pisada son los que permiten mediante un correcto razonamiento abductivo construir hipótesis iniciales para someterlas a verificación.

Una definición actualizada, sintetizada y moderna de la criminalística sería (Hombreiro, 2013) el conjunto de procedimientos y técnicas de averiguación cuya finalidad es el develamiento, explicación de la causa del delito, y la comprobación de víctimas y victimarios. Esta disciplina se apoya en la ciencia para rehacer los sucesos factuales (p. 18) El investigador debe adquirir estos conocimientos para poder revelar la realidad, es decir reconstruirla. Si bien los letrados que intervienen en el sistema de justicia como los fiscales deben conocer la disciplina, esto es mas propio de la policía que por su naturaleza le corresponde un rol crucial en la indagación del delito.

En la obtención de la representación de los hechos, los expertos en esta disciplina realizan inferencias lógicas teniendo como sustento huellas, indicios, hallazgos encontrados en el lugar donde se cometió la actividad criminal, y se apoyan en la propuesta teórica establecida por Edmond Locard criminólogo francés quien según Hombreiro (2013) en 1910 fijó las siguientes reglas:

> Primera regla. De intercambio o transferencia por la que una persona que está en una escena del crimen deja sus huellas, y el lugar también impregnará al delincuente, Un ejemplo el asesino entra al inmueble y deja sus huellas digitales o su ADN y de la víctima puede impregnarse de su sangre.
>
> Segunda regla. De correspondencia. Por esta regla se debe relacionar indicios encontrados con el presunto criminal.
>
> Tercera regla. De reconstrucción de la realidad. Esta regla permite inferir a partir de los vestigios hallados en el lugar de el crimen en la manera como ocurrieron el suceso criminal.
>
> Cuarta regla. De probabilidad. Por este principio se infiere probabilidad de la existencia del hecho criminal tomando como base las características contrastadas durante la comparación (p. 14)

Ya Locard en el entendido que se utiliza la abducción con la inducción postulaba la probabilidad para la reconstrucción del hecho criminal a partir de los hallazgos encontrados en la escena del crimen, y la conexión con un autor tiene que ver con el principio de transferencia por la que hay un intercambio entre el criminal, la víctima y la escena del crimen, como cuando el homicida deja sus huellas digitales en el lugar del asesinato, y la sangre de la víctima se transfiere al autor.

No es igual averiguación con demostración, ya que la primera es presupuesto de la futura evidencia. No todo lo que se obtenga será transferida al proceso penal, pues el ritual probatorio establece las reglas o tamices para que los datos lleguen sin lesionar el debido proceso. Por eso tienen sindéresis hacer esta distinción como lo hace Muñoz (2009) que dice que indagar es como entrar por una puerta para revelar hechos y probar es aseverar que lo que hay allí justifica abrir la puerta y que es el descubrir y después viene el demostrar (p. 37) Aquí podemos observar los contextos de descubrimiento y de justificación que en proceso penal se da la develación en la fase preparatoria y la demostración en el juicio oral.

¿Qué es el razonamiento probatorio en sentido estricto? Desde nuestra óptica es un proceso lógico por el que se realiza inferencias o el tránsito mental entre proposiciones que cumplen la función de premisas para arribar a una consecuencia válida. Es lógico porque implica el uso de los métodos como la deducción, la inducción y también la abducción, y otras formas de lógica que también tienen aplicabilidad en este campo como es la dialéctica o la lógica polivalente como la difusa.

La inferencia probatoria es definida por Tuzet (2021) como un proceso que, a partir de un cierto conjunto de enunciados tomados como premisas conduce a afirmar de modo justificado otro enunciado como conclusión (p.119) Transición entre premisas para llegar a una conclusión. Las premisas mayores pueden ser leyes y las menores las que deben demostrarse con pruebas para arribar a una conclusión válida.

Para Pérez (2022) la inferencia es el paso garantizado mediante las leyes de la lógica de una proposición conocida o premisa a otra que llamamos consecuencia. (p. 17) La inferencia se concibe como un proceso de pasar de las premisas a una conclusión. Estas premisas pueden ser reglas lógicas, las de

sentido común o las leyes científicas, y estas si bien están mencionadas en el derecho probatorio, en realidad están fuera de este.

Según Manuel Atienza (Igartua, 2018) las piezas esenciales del razonamiento son: las premisas (que funcionan como punto de partida), la conclusión, (o punto final) y la relación entre ellas (entre premisas y conclusión) (p. 95) Por ejemplo si queremos afirmar que un testigo que tiene miopía no pudo reconocer al autor porque el delito fue en la oscuridad, nos apoyamos en los alcances científicos de la miopía que impiden que una persona pueda percibir adecuadamente la realidad y además una regla de experiencia por la que en la noche es más dificultoso percibir detalles del entorno. Estas funcionan como premisas para concluir que el testigo no pudo percibir adecuadamente el fenómeno delictivo. Esto no lo encontramos en los códigos procesales sino en la epistemología.

Un elemento sustancial del razonamiento probatorio para Pérez (2022) es el carácter inferencial e indirecto de las conclusiones y que no se presenta como una prescripción metodológica, sino como un rasgo o una propiedad inseparable y constitutiva del razonamiento probatorio, y que este carácter expresa la idea de que en el razonamiento probatorio, adquirimos conocimientos únicamente mediante el establecimiento de inferencias (p. 17) La inferencia se le entiende como una operación del pensamiento sujeta a exclusivamente a las leyes de éste, y que se realiza partiendo de juicios asumidos (premisas) hasta concluir en otros que son el resultado de asumirlo (Otero, Gibert, 2014 p.140) entonces es el eje representativo del razonamiento, y es esencial entenderlo así.

El método lógico se encuentra en la base del razonamiento probatorio, Igartua (2018) haciendo referencia a ellos dice que el razonamiento deductivo es explicitador porque no añade nada a lo que implícitamente estaba contenido en las premisas mientras que el inductivo y abductivo es ampliador en razón que la conclusión añade algo nuevo a lo que por si contenían las premisas. (p. 96)

Poniendo énfasis en la inducción Ferrer (2021) dice que el razonamiento probatorio es probabilístico y que expresar que una proposición fáctica está demostrada es aseverar que es probablemente certera de acuerdo con las pruebas

que se tenga (p. 18) El nivel al que se refiere el autor es el estándar de prueba que fija la valla o el umbral que se debe sobrepasar para dar por probada una hipótesis.

El objeto del razonamiento son las pruebas de allí que Tuzet (2021) señale que es un razonamiento cuyas premisas o conclusiones representan pruebas útiles para reconstruir un suceso ignorado. (p. 119-120) La reconstrucción de hechos representados por proposiciones de naturaleza fáctica son los que deben hacerse con las pruebas.

Tuzet (2021) menciona que el razonamiento probatorio parte de las pruebas de que se tienen en un inicio encaminándose hacia la formulación de hipótesis que expliquen los hechos probatorios (p. 120) Esta postura admite que la actividad probatoria es formular hipótesis con los datos que se disponen para posteriormente someterla a confirmación, es decir demostrar la veracidad de los enunciados presentados de forma clara.

Pérez (2022) sostiene que un sector de la doctrina asume sobre todo en los casos más fáciles, que el simple uso de los sentidos permite aprehender la realidad de forma directa, sin mediación alguna de actividad inferencial y que los hechos nos hablan por sí mismos (res ipsa loquitur) pero actualmente es una posición en retroceso y la doctrina dominante es la que sostiene que razonamos y establecemos inferencias siempre, de forma que la única diferencia entre casos fáciles y complicados reside en la dimensión de la labor inferencial. (p. 17) Esto tiene que ver con la antigua distinción entre prueba directa y la indirecta o circunstancial, en la que, si bien en esta última las cadenas de inferencia son mayores, también esta se da en la prueba directa, por lo que el razonamiento probatorio se da en ambas manifestaciones de prueba.

El razonamiento probatorio entonces debe abarcar desde el inicio de una investigación con la existencia de una noticia criminal, y comprender el proceso penal, la fase preparatoria, el juicio oral, el examen de las decisiones con las impugnaciones hasta que termine en una declaración de cosa juzgada.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. ¿Cuáles son los criterios específicos que deben ser empleados por los jueces en la valoración probatoria cuando utilizan la lógica, las máximas de experiencia y las leyes de la ciencia?

1.2.2. ¿Qué criterios deben ser aplicados para dar por probada una hipótesis con una alta probabilidad de acercamiento a la verdad mas alla de toda duda razonable?

1.2.3. ¿Cómo formular estándares de prueba objetivos y controlables subjetivamente para adoptar decisiones en las diferentes fases del proceso?

1.2.4. ¿Cómo construir un estándar de prueba para evitar condenas y absoluciones falsas?

1.2.5. ¿Los criterios de valoración de la prueba son aplicables para la determinación del estándar de prueba?

1.3. Justificación de la investigación

Es necesario que los jueces fiscales o abogados utilicen criterios racionales para incorporar en sus sentencias, dictámenes y alegatos argumentos válidos.

1.4. Objetivos de la investigación

1.4.1. Objetivo general

La justificación epistémica de las proposiciones fácticas que representan los hechos postulados por los sujetos procesales es el objetivo de esta tesis, por lo que se deben desarrollar criterios específicos que puedan sustentar la prueba de aquellos.

1.4.2. Objetivos específicos

1.4.2.1. Elaborar criterios que permitan al juez aproximarse a los sucesos tal y como realmente acaecieron, esto es estimar la prueba de manera objetiva y delinear la metodología para realizar el juicio de hecho

mediante la aplicación de la lógica, fijar la forma como puede desarrollarse de forma consistente las reglas de la experiencia y las pautas para aplicar las generalizaciones de la ciencia o la técnica

1.4.2.2. Lograr que los jueces evadan los juicios valorativos apriorísticos que impidan una correcta apreciación de la prueba, pues como vicio se realizan antes como los prejuicios o los sesgos.

1.4.2.3. Fijar criterios epistémicos y extra epistémicos para el diseño de reglas que fijen umbrales de suficiencia probatoria en el proceso penal que sean controlables.

II. ESTADO DE LA CUESTION

1. Antecedentes del problema.

En la doctrina nacional sobre los juicios valorativos de la prueba y en relación con los estándares de demostración no se ha ahondado en forma sistemática respecto de criterios específicos para la justificación epistémica de las hipótesis formuladas por los sujetos procesales.

San Martín Castro en su obra sobre el proceso penal Volumen 2 Grijley, 2001 sobre valoración de la prueba hace un copioso recorrido por la doctrina europea, la jurisprudencia nacional sobre tópicos como la certeza procesal, el principio de la libre apreciación, el criterio de conciencia, presunción de inocencia, pero no logra establecer cuáles son, y como operan en la realidad la denominada sana crítica como sistema racional. (p. 657 a 668) Es en un trabajo posterior en el que (San Martin, 2017, p. 46) señala que es admisible construir vía la jurisprudencia reglas que expresen la racionalidad y objetividad en la valoración judicial, por esa razón desde el Alto Tribunal se ha hecho un esfuerzo importante en construir reglas sobre valoración probatoria y estándares de prueba, aunque observamos que no explican el fundamento de manera acabada.

Establecer cuál es la relación que tiene una de la otra, de jerarquía, de subordinación, o están imbricadas, o son lo mismo, es uno de los problemas que queremos abordar en esta investigación.

Un estándar de demostración reconocido en el ámbito civil es el denominado balance de probabilidades o de preponderancia de la prueba o mayor peso probatorio que otro. Este es originario del sistema del common law y es descrito asi Taruffo (2008) como aquel que establece que cuando sobre un suceso existan pruebas contrarias, el decisor debe calcular las probabilidades de estas versiones encontradas y elegir en pro del enunciado la que sea más verosímil y se asiente en los medios de prueba allegados al proceso (p. 137-138) Si graficáramos esto en la balanza de la justicia, bastaría que se inclinara ligeramente para un lado, para concluir que se llegó al estándar de prueba más probable que no.

El otro estándar en el ámbito penal es el de convicción más allá de toda duda razonable que prescribe que el jurado deba estar convencido mas allá de una duda fundada o sustentada en la razón de que el acusado es culpable. Este es un estándar del common law criminal, que en el caso de Perú se ha introducido a través de la Sentencia Plenaria Nº 1-2017, sin embargo no es la única que ha sido fijada por esta sentencia, puesto que en la idea que cada decisión al interior del proceso penal debe tener un umbral a ser atravesado, o una suficiencia que debe obtenerse se ha establecido que los estándares de sospecha deben aplicarse de esta manera: el Ministerio Público para poder iniciar una investigación debe contar con información básica que justifique la apertura y a esto se denomina la sospecha simple. Si el Ministerio Público decide formalizar investigación preparatoria requerirá una estándar más alto, llamada sospecha reveladora, y para acusar deberá tener una sospecha suficiente, esto es que la Fiscalía estime que es más probable que el acusado luego de un juicio sea condenado que absuelto. Además, para poder justificar epistémicamente los fuertes elementos de convicción que relacionan a un investigado con el delito se debe arribar a una sospecha fuerte o grave y para sancionar a una certeza o convicción más allá de toda duda razonable. El problema es que no ha delineado bajo qué criterios se arriba a estos estándares y si bien es un esfuerzo importante llevado a cabo por la Corte Suprema consideramos que se deben fijar las reglas para poder arribar a esos niveles de suficiencia probatoria.

La selección de un estándar de prueba no solo recogerá criterios epistémicos sino valoraciones sociales, y políticas, de allí que estas reglas de prueba que se exige en penal van a comprender esos aspectos y advierte Ferrer (2013) que la selección de cualquier estándar es jurídica y que también se hace en función de los valores en juego y en cualquier clase de proceso. (p. 28) El reconocimiento de factores extra epistémicos es un aspecto que van en contra de aquella aspiración de construir estándares lo más objetivos posibles.

Las reglas del umbral penal de convicción más allá de toda duda razonable, en el common law son un conjunto de reglas o instrucciones para el jurado y tiene una relación con la presunción de inocencia, como afirma Laudan (2013), por la que se prohibe a los jurados atribuir algún significado a la situación de que el acusado ya ha sido estimado probablemente como culpable de los crímenes en audiencias previas y si hay duda sobre la culpabilidad, los jurados deben decidir en pro del reo, y que la carga de la prueba como obligación de la fiscalía garantiza que el imputado será declarado inocente si la fiscalía no demuestra la imputación, y que el cuerpo de ciudadanos decisores deben absolver al reo pese a que subjetivamente estimen que cometió el delito y sólo una alta convicción justifica una sanción (p.60) Como advertimos el estándar se erige como una garantía para el acusado, además de la carga de prueba para la fiscalía, y los jurados para sancionar no deben tener un atisbo de duda, pues si se da esta situación, deben absolver.

Qué parte debe probar un hecho, y cuál es la consecuencia si no lo hace. Dar respuestas significa entrar en el concepto de carga de la prueba que en lo penal fija (Laudan, 2013) que el acusado no tiene el deber de probar nada, sino que es el Estado quien carga con esta obligación y que jurados deben suponer que el reo es inocente hasta que el Estado pruebe su culpabilidad *(*p. 138) La presunción de inocente como un derecho del acusado es juris tantum, es decir que puede ser derrotada por una actividad de cargo suficiente de la acusación que permita a los jueces justificar epistémicamente una condena.

La carga de la prueba tiene dos facetas una objetiva que sería la carga de probar el hecho, y la consecuencia que la parte que no lo hace pierde. Esto es conocido como el Onus Probandi. Laudan (2013) sostiene que la carga de la prueba

implica la obligación verificar dos hipótesis: a) Que el delito X fue cometido y b) que el acusado Y cometió el delito X. (p. 163) La obligación de demostración le pertenece al Ministerio Público, y aunque hay discordancia en la doctrina pues un crítico en contra de la carga de la prueba como es Nieva (2010) sostiene que ante la falta de prueba, el derecho atribuye efectos negativos a cualquier parte y trae como consecuencia para el afectado el perder su pretensión procesal. (p. 49) Es decir que la carga de prueba es una sanción para quien no haya podido probar, y como precisa con Rosenberg (Nieva, 2010) no se usa la carga de la prueba en casos de incertidumbre del decisor, sino sólo cuando hay ausencia de elementos de juicio y que esta aseveración es congruente con la doctrina (p. 49) Este es un punto importante pues aparentemente estamos frente a una tautología, pues si quien debe probar no lo hace, la consecuencia es que pierde su pretensión. Si la fiscalía tiene la carga y no logra demostrar sus hipótesis ante los jueces, la absolución será por no haber probado como una sanción, pero si la incertidumbre se mantiene, también se debe absolver.

La otra faceta de la carga de probar es la carga subjetiva, como deber de las partes de suministrar la prueba, es decir introducirla en el proceso, lo que luego se relativiza con la regla de adquisición o comunidad de prueba.

Dei Vecchi y Cumiz, (2019) dicen que se ha insinuado en ocasiones que «estándar de prueba» y «sistema de valoración probatoria» son dos etiquetas que designan lo mismo en dos tradiciones jurídicas distintas, o incluso que son dos modos excluyentes de concebir a la prueba". (p. 54) Un primer acercamiento a esta relación es afirmar que son fórmulas que se refieren a lo mismo o que son formas que se excluyen mutuamente respecto de la prueba, pero Dei Vecchi y Cumiz (2019) dicen que estas concepciones son inexactas, pues estima que más bien ponen un manto sobre algo que estiman evidente:

> "…la interdependencia entre sistema de valoración y estándar de prueba. Por una parte, todo sistema de valoración que procure conducir a la adopción de una decisión sobre el estar o no probado un enunciado necesita de un umbral de suficiencia. Simétricamente, todo estándar de prueba, i. e. todo umbral de suficiencia presupone un sistema de valoración al cual de hecho

realiza. Esto es así con independencia de la etiqueta con que se denomine a cada una de esas cosas". (p. 54)

El planteamiento entonces es que ambas tienen una relación simétrica y es algo que iremos desarrollando en esta tesis, pues también somos de la opinión que entre ambas hay una interdependencia y que el estándar no puede darse si es que previamente no se ha construido la premisa general con los resultados de una valoración probatoria, que a su vez tiene criterios propios para arribar a un resultado probatorio que permita demostrar las hipótesis en controversia.

Dei Vecchi y Cumiz (2019) enfatizan esta relación de interdependencia al afirmar que si está probada una hipótesis *p* requiere de forma irrenunciable de un criterio de suficiencia, un umbral determinativo del punto a partir del cual es correcto afirmar que un enunciado fáctico está probado. (p. 54) Aquí se enlaza el resultado probatorio, como consecuencia del juicio valorativo de la prueba y la presencia de una regla de suficiencia, es decir de un estándar.

2. Estado de la cuestión

Es de apreciar que este problema ha sido abordado desde el derecho probatorio, con la existencia de normas procesales que fijan los criterios generales para valorar la prueba, y una interpretación desde la jurisprudencia para la aplicación del estándar de prueba como ha sido la Sentencia Plenaria Nº 1-2017 con algunos atisbos epistemológicos.

A partir de la influencia del Michelle Taruffo se ha ido desarrollando la concepción epistemológica de la prueba, Jordi Ferrer, Carmen Vásquez, Daniel González, Diego Dei Vecchi, Giulio Ubertis, Marina Gascón Abellán, entre otros que han propuesto interesantes ideas para enfocar mejor la indagación de la verdad, los criterios de apreciación probatoria y estándar de prueba, siendo esta una postura que nos permitirá desarrollar nuestra tesis.

Un método para entender la prueba judicial es asumir que el arribar a la verdad no es posible y solo podemos llegar a una verdad aproximada. De allí radica la importancia de los aportes de Jonathan L. Cohen (2017) en su trabajo "Lo

probable y lo demostrable” en el que afirma que la probabilidad debía pensarse como grado de “demostrabilidad”, pero excluyen de los principios pascalianos o matemáticos (p. 3) y más bien que repose en la lógica, es decir en las relaciones entre premisas por lo que propone la probabilidad lógica o inductiva.

Marina Gascón (2004) en el trabajo relevante sobre los hechos en el campo jurídico y argumentos sobre la prueba resume el enfoque que nosotros asumimos en esta investigación referida a las bases de una epistemología que recoge los aportes de las ciencias y en los intentos por racionalizar los conocimientos de tipo inductivo, y que la probabilidad lógica es aceptable a través de los aportes de Keynes con los "grado de creencia", de Kneale con la "aceptabilidad", Carnap, Hempel, Popper con el "grado de confirmación", Cohen con "apoyo inductivo" y que el conocimiento de la realidad que no puede alcanzar la certeza absoluta pero el nivel de confirmación postula que la probabilidad de la verdad se puede medir (p. 24) Este enfoque teórico que nosotros adoptamos, con sus limitaciones, pues está presente también la posibilidad de error, permitirá darle sustento a la apreciación o valoración de la prueba y en la formulación de estándares de prueba. El uso del método científico aplicable al campo jurídico permite dotar de racionalidad al razonamiento sobre la prueba.

2.1. Valoración de la prueba

Con relación a las reglas de juicio valorativo de la prueba en los que no hay uniformidad y no están normalizadas en un lenguaje único, tenemos los aportes de David Schum (2016) en su trabajo “Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico” da alcances para entender sobre los criterios que propone como la veracidad, objetividad y la sensibilidad observacional, y esta última conjunto de problemas y un escenario de incertidumbre respecto de que tan fiables pueden ser las percepciones. Postura desarrollada por el jurista colombiano Orión Vargas Velez (2019) en su trabajo “El razonamiento inductivo en la valoración de la prueba judicial” y también respecto de la credibilidad como lo sustancial de la prueba testimonial, mientras que la autenticidad lo es de la prueba tangible o material. (p. 40)

Taruffo (2008) en su obra “La Prueba” propone que un primer paso en el razonamiento probatorio es hacer un juicio de valor sobre la **credibilidad** de los medios probatorios*,* advirtiendo los grados de dificultar para hacerlo (p. 140) La idea es que la información que brinde el medio de prueba sea veraz de tal forma que coadyuve en la confirmación de la existencia de los hechos y es una primera regla que debe considerarse en el camino de arribar a la demostración de la hipótesis formulada por las partes.

Marina Gascón (2004) sostiene que la calidad cognoscitiva de las pruebas que verifican la hipótesis tiene un efecto en el nivel de corroboración por lo que, si la prueba es frágil, el nivel de verificación que se le da a la hipótesis no puede considerarse suficiente, por más sólida que sea la premisa que vincula la prueba con la hipótesis (p. 181) Advertimos que la regla que propone es el de la calidad de la prueba, y que esta puede determinarse a partir de por ejemplo la forma como se recoge la evidencia, una muestra de cabello poco fiable (p. 181) no tendrá la calidad necesaria para poder reconstruir un suceso delictivo.

La valoración pretende demostrar la existencia o no de los hechos. Un aspecto problemático es la relación entre el hecho externo, percibido e interpretado. Respecto a esto González Lagier en su obra “Quaestio Facti” (2005) identifica las dificultades que surgen en la forma como concebimos los hechos pues surgen conflictos de percepción entre el hecho percibido y el hecho exterior y controversias de interpretación entre lo percibido y lo interpretado, (p. 27) El hecho percibido tiene que ver con la forma como se almacena información en la memoria, y también aparece otro filtro que es la interpretación que hace el receptor de la información, y aquí pueden concurrir factores distorsivos como los sesgos. Estos son fenómenos que pueden alterar la valoración de la prueba ocasionando que no se pueda arribar con alta probabilidad a la verdad. En este trabajo González Lagier (2005) ofrece unos criterios de valoración adoptando como molde teórico la filosofía de la ciencia desde los planteamientos de Carl Hempel. Uno de los criterios que propone es el de fiabilidad que tiene como objetivo es demostrar que los datos de los que se deriva la hipótesis son confiables y exactos y que esta información provenga del seguimiento directo del organo judicial, o de la ciencia como pruebas de ADN, y resultado de otra inferencia. (p. 81)

2.2. Estándar de prueba

Sobre la fijación del estándar de prueba tenemos el aporte de Larry Laudan (2013) que desarrolla la relación entre la verdad, el error y el proceso desde la gnoseología jurídica quien desde el derecho anglosajón cuestionó severamente la forma como se concibe el estándar penal de convencimiento más allá de toda duda razonable y no quedándose en la simple crítica propuso fórmulas con la idea de dotar de contenido a las reglas del umbral apoyándose en la epistemología jurídica.

En la línea de Laudan tenemos a Ronald Allen en su trabajo “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico” en la obra colectiva “sobre ensayos de epistemología dirigida por Carmen Vásquez del 2013 quien también propone criterios para formular estándares de prueba a partir de la plausibilidad o de la mejor explicación y que les da la característica de descriptiva a diferencia de las propuestas de Ferrer o Laudan a las que considera normativas (p. 57)

Tenemos también la obra de Jordi Ferrer Beltrán (2021) “Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso” en el que concreta un esfuerzo intelectual sobre la edificación de estándares probatorios, proponiendo siete fórmulas de estándares, en los que se utilizan elementos epistemológicos como valorativos que examinaremos en este trabajo.

Por su parte Jordi Nieva Fenoll en su artículo “Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado” (2020) tiene una postura escéptica respecto de los estándares de prueba y que su pretendida objetividad es contradicha por las reglas para construirlas que están teñidas de subjetividad y que además considera que es retornar a las reglas de prueba tasada.

Daniel González Lagier (2020) en su artículo ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Plantea sus objeciones a los estándares de prueba como reglas independientes y si estas más bien están implícitas en los criterios para hacer el juicio de valor de la prueba.

Dei Vecchi, Diego (2020c) en su artículo “La importancia de lo que nos preocupa tener por probado. La imposibilidad de los estándares de pruebas” tiene una postura crítica con respecto a los optimistas que abogan por fórmulas fijas y argumenta que esta empresa es inviable.

Otra postura a favor de la creación de las reglas del umbral de suficiencia probatoria es la que presenta Daniela Accatino (2011) en su artículo “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal” en los que hace un intento de dotar de contenido al estándar de creencia más allá de toda duda razonable que ha sido acogida en el sistema procesal chileno.

Como observamos tenemos una postura favorable expresadas en los trabajos de Larry Laudan, Ronald Allen, Michelle Taruffo, y Jordi Ferrer, las posturas intermedias como la de González Lagier, Marina Gascón o las contrarias como la de Nueva Fenoll, o Diego Dei Vecchi las que serán analizadas en esta investigación.

III. OBJETIVO: PROPUESTA DE SOLUCION PROYECTADA

2. Hipótesis

2.1. Los criterios para ser empleados en la valoración probatoria como en el uso de la lógica deben ser específicos y que en la praxis permitan aplicar las reglas de identidad, de tercio excluido, y de no contradicción y de razón suficiente, y además utilizar la lógica multivaluada como una forma de representar la realidad desde la concepción de verdad aproximada. Con relación a las máximas de la experiencia, están son construidas en base a la metodología inductiva, y la incorporación de factores de tal forma que se construyan reglas que funcionen como premisa dentro de una lógica de probabilidad. Los criterios de valoración de las pruebas de carácter científico deben aplicar las reglas para el examen o verificación de las teorías científicas.

2.2. Los criterios que deben ser aplicados para dar por probada una hipótesis con una alta probabilidad de acercamiento a la verdad mas alla de toda duda razonable serian la prueba de la credibilidad o autenticidad de la información proveniente de los medios de prueba actuados en el proceso, y el enfoque molecular y molar para extraer resultados probatorios que confirmen las hipótesis propuestas por los sujetos procesales.

2.3. La creación de estándares de prueba objetivos, y que fijen los umbrales para dar por probada una hipótesis, debe responder a una construcción basada en la probabilidad inductiva o lógica, evitando la convicción judicial no justificada epistémicamente.

2.4. La edificación de un estándar de prueba para evitar condenas y absoluciones falsas implica una relación con los criterios de valoración de las pruebas, cuyo resultado probatorio debe sobrepasar las exigencias del estándar, sin embargo, también debe tenerse en consideración factores extra epistémicos que influyen en la decisión judicial, los mismos que podrían llevarnos al plano de lo irracional.

2.5. Los criterios de valoración de la prueba son aplicables para la determinación del estándar de prueba manteniendo un nexo indisoluble entre ambas. No pueden enfocarse como si fuesen dos situaciones distintas pues están imbricadas.

IV. METODOLOGIA

2. Tipo y diseño de la investigación

Esta es una investigación cualitativa, enfocada desde la concepción cognoscitiva o epistemológica desde el derecho, de la probabilidad inductiva o lógica, y de criterios originarios de la filosofía de la ciencia. Se analizarán las concepciones respecto de los juicios valorativos de la prueba, y las propuestas que establecen criterios de apreciación y fijación de estándares de prueba.

CAPITULO I

LA EPISTEMOLOGIA JURIDICA

1. Introducción

En el campo del derecho se usa el término epistemología jurídica para aludir a la teoría de la prueba y su problemática, lo que a su vez nos remiten a enfoques cognoscitivos o epistemológicos. Sin embargo, hay que preguntarse si este es el único objeto de estudio, o hay otros campos en los que también esta disciplina debe explorar, y si contribuye a desarrollar el estudio del derecho en sus diversas facetas.

La filosofía del derecho se plantea el problema ontológico del derecho, cuya respuesta es que esta comprende valor, hecho y norma, propia de la teoría tridimensional, en el que la epistemología juridica apunta a la norma (Basave, 2001, p.323) y a los hechos y valores. La discusión es determinar también si los valores son propiamente objeto de estudio de la epistemología, o está solo en campo de la filosofía del derecho, es decir, solamente en el plano axiológico.

2. Aspectos conceptuales

La epistemología es tan antigua como el hombre mismo, y podemos rastrearla en la filosofía griega y después en la era moderna con el avance de la ciencia, pero su sistematización es propia del siglo XX. Un referente del término epistemología lo tenemos en los trabajos filosóficos de James Frederick Ferrier (2011) pensador nacido en Edimburgo (1808 – 1864) que la concibe como *The Epistemology or Theory of Knowing* (p. 143), y luego va a ser desarrollado respecto de su contenido por los trabajos de investigación del Círculo de Viena y del Círculo de Berlín.

Si bien la epistemología actual (Bunge, 2002) se configura a partir del Círculo de Viena, antes hay un período clásico y que va desde Platón hasta Russell, donde los exponentes eran científicos matemáticos en sus horas de ocio y filósofos sin gran preparación científica. (p.22) Fueron los filósofos que se consideraron

tributarios del empirismo de Locke y Hume, y también influenciados por el positivismo de Auguste Comte, los que fijaron las tesis del empirismo o positivismo lógico y desarrollaron la epistemología.

El Círculo de Viena (Wiener Kreis) fundado en 1927 es el hito de inicio de la profesionalización de la epistemología, que permitió un trabajo de reflexión grupal y elaboración del empirismo lógico y que reunió a los primeros especialistas de la gnoseología como Rudolf Carnap, Hans Reichenbach, Moritz Schlick, Herbert Feigl ,Viktor Kraft, y periféricamente al Círculo estuvieron Ferdinand Gonseth y Karl Popper (Bunge, 2002, p. 23) Este grupo de filósofos son los que han modelado la moderna epistemología, que se basa en el método científico, y en la verificación de las hipótesis. Todo aquello que les parecía teñido de idealismo o metafísica, como lo juicios a priori de Kant debían ser puestos en el ámbito del irracionalismo.

En una postura crítica respecto del Círculo de Viena, Mario Bunge (2002) si bien relieva el mérito del Círculo de haber hecho filosofía con la ayuda de la lógica matemática, en la línea de Leibniz, Bolzano y Russell, empero tenía un defecto: estar atada a la corriente empirista representada por Francis Bacon, David Hume, Berkeley, Comte y Mach, que era incapaz de dar cuenta de las teorías científicas, que son cualquier cosa menos síntesis de datos empíricos. De allí se entiende el alejamiento de Popper de esta corriente filosófica (p. 24). El empirismo de Bacon es una teoría de su tiempo que responde a los avances de la ciencia, en la que podemos apreciar los resultados de la observación de fenómenos que hoy nos parecen bastante simples, pero fue una respuesta a la filosofía de Aristóteles. Bacon (2011) valoraba más a Leucipo y Demócrito por los átomos, a Parménides por sus ideas del cielo y la tierra, a Heráclito por la resolución de los cuerpos en la naturaleza indistinta del fuego y su retorno al estado sólido, ideas del filósofo natural que tienen el sabor de la naturaleza de las cosas, de la experiencia y de los cuerpos a diferencia de la física de Aristóteles que consideraba como palabrería dialéctica llamada después “metafísica”. (p. 89) Es la crítica del inductivismo hacia el deductivismo aristotélico, que también aportó al conocimiento del mundo y sus reglas se han recepcionado hasta nuestros tiempos, con sus bondades y sus limitaciones.

La influencia de Wittgenstein en el Círculo de Viena hizo que perdiera su sentido o finalidad científica pues da inicio (Bunge, 2002) a la epistemología artificial que, en vez de hablar sobre la ciencia en sí, empezó a hablar del lenguaje. Esta filosofía lingüística hizo implosionar al Círculo antes que el nazismo emprendiera su Blitzkrieg contra la razón. (p. 24) Las críticas de Bunge se asientan en la idea de la existencia de pseudo ciencias a las que cuestiona por la falta de métodos y carentes de explicaciones, y por ser reminiscencia del pensamiento mágico propio de sociedades primitivas. De allí su crítica feroz a Heidegger y a los posmodernistas, que se alejan de la ciencia y que para el son pura charlatanería. Consideramos que Bunge se deja llevar por un cientificismo exagerado, y si bien no deja de tener razón respecto de algunas filosofías con discursos delirantes, pero en el campo del lenguaje, también se ha desarrollado profundos trabajos de investigación científica, ya que es un importante objeto de estudio, con las diferencias obvias que hay entre el lenguaje formalizado y el lenguaje natural en la necesidad de representar la realidad.

En la filosofía nacional tenemos al profesor Piscoya (2009) que dice que la epistemología como disciplina filosófica con cierta autonomía es de la tercera década del siglo XX y una década antes la filosofía de la ciencia tradicional sufre una modificación sustantiva con el uso de la lógica matemática como un nuevo instrumento de análisis del lenguaje científico, pasando del lenguaje natural a un discurso que usaba intensamente lenguajes formalizados. (p. 17) La idea central de la formalización del lenguaje ha sido la de representar con mayor precisión la realidad, es decir trascender la subjetividad hacia una mejor comprensión del mundo.

Para Bunge (2002) la epistemología o filosofía científica es la disciplina filosófica que analiza la investigación científica y su resultado, el saber científico. y era una simple hoja del árbol de la filosofía hace un siglo, pero la epistemología es hoy una rama importante de ella (p.21) Conforme con esta posición Anderson, **Schum** y Twining, (2015) consideran que la epistemología general es una disciplina filosófica que tiene relación con la obtención y la validez del saber. (p. 446). El conocimiento es lo sustancial en la epistemología.

La epistemología para Karl Popper (1991) debe responder a la pregunta si una afirmación hecha es verdadera, es decir, si concuerda con los hechos y además considera que una epistemología pura no puede serlo si hay motivaciones políticas o sueños utópicos (p. 51) Cuando hace referencia a motivaciones política, ingresa al ámbito de las valoraciones que tienen muchas veces a ser de origen irracional, y en ese sentido los sueños utópicos también lo son, como las grandes narraciones que no han tenido un buen destino (como la utopía comunista). En esta línea de cuestionar la subjetividad o irracionalidad Popper (1991) sostiene que al epistemólogo solo le interesa discernir la verdad en lo que respecta a los problemas del conocimiento, se adecue o no a sus ideas políticas. (p. 27) Una demostración de comportamiento científico y ético, y fuera de la contaminación o sesgos que pude producir cuando se usa las ideologías o pensamientos de base irracionalista o teorías con pretendida cientificidad como el historicismo hegeliano o el marxismo socialista a las que Popper criticón con acritud.

Según Haddad (2017), la epistemología general es la rama filosófica dedicada a meditar sobre el conocimiento, la estructura lógica de su fundamentación y sus posibilidades de existencia. Considerando que el género humano y el mundo son los principales objetos de investigación filosófica, el conocimiento representa una de las formas de vinculación entre el ser humano y ese mundo, y la epistemología se ocupa de examinar las condiciones y particularidades de tal vinculación (p. 3) La filosofía está en un grado de abstracción mayor que la epistemología, que busca explicar respecto de la existencia del hombre y de su entorno.

Cuestionando que se había hecho una moda el término epistemología, Mario Bunge (2005) precisa que este concepto está relacionado con el conocimiento y afirmaba que probar y medir eran actividades epistémicas. (p. 62) La acción de probar la existencia de un hecho, es la manifestación de una epistemología, por lo que contextos jurídicos se ha considerado que este es su ámbito de estudio.

Dei Vecchi (2020a) asevera que la epistemología indaga acerca de las condiciones bajo las cuales se puede decir que se conocen ciertas cosas y que tradicionalmente se ha entendido que *conocimiento* es creencia verdadera y justificada y que un sujeto sabe cuándo cree que una proposición es verdadera y

cuando su creencia está sustentada en razones del tipo adecuado. (p. 44) La convicción del sujeto, si partimos desde una perspectiva epistemológica, se adquiere cuando se encuentra apoyada en pruebas, es decir cuando los enunciados han sido demostrados empíricamente.

Esto trae a debate los conceptos de creencia y aceptación en teoria del conocimiento. La pregunta ¿Es la cognición un proceso activo o pasivo? llevó a Cohen (1992) a distinguir el concepto de aceptación del concepto de creencia (p.1) y Levi (2017) sostiene que Cohen interesado como estaba en una metodología baconiana que se pedía para los test destinados a circunscribir el ámbito de aplicabilidad de las hipótesis buscó una forma de reconocer un modo de circunscripción activa y propuso una distinción entre las nociones involuntarias de *creencia* y las nociones voluntarias de *aceptación* (p. XV) La creencia desde la perspectiva de Cohen tiene una base más subjetiva, y por ende debe estar más contaminada de sesgos cognitivos, factores culturales, errores en la apreciación de la verdad, sin descartar obviamente la posibilidad que estemos ante certezas aproximadas.

Mascarenhas y Alves (2020) conciben que la *creencia* se sitúa en el plano subjetivo por lo que no se puede controlar y les resulta más adecuado comprender la resolución sobre los hechos en términos de la aceptación por el decisor, de la verdad de una proposición determinada, porque ha alcanzado un cierto grado de confirmación requerido por un parámetro aplicable al caso y basado en las pruebas disponibles. (p. 392) Esta concepción de *creencia* y *aceptación* dista de la posición de Schum (2016) que dice si una hipótesis H está demostrada concluyentemente por algún elemento o conjunto de pruebas puede decir que toda la *creencia* en H es completa y si careciera de pruebas concluyentes para H aún se puede creer que H es cierta pero el compromiso solo sería parcial ya que se tendría algunas dudas y en algunos casos se podría decir que se ha *aceptado* a H aunque no se *crea* completamente en H (p. 296) Depende según esta postura de la posición del receptor de la información, quien puede estimar desde su fuero intimo que no cree en la hipótesis pero la acepta porque hay elementos de juicio que la confirman en algún grado.

Grimaltos (2009) tratando de establecer diferencias entre los conceptos *creencia y aceptación* dice, que La convicción es involuntaria y se establece por motivos epistémicos, y sólo las pruebas pueden persuadir a un individuo a creer, y que las razones prácticas son inútiles. Mientras tanto La aceptación es voluntaria y puede suceder en el marco de la deliberación práctica y responder a motivos prácticos. Por ejemplo, un letrado puede admitir que su cliente es inocente para poder protegerlo de manera más efectiva, aunque no lo reconozca. Las justificaciones para admitir que P no necesita ser siempre epistémica, pueden ser éticas, de cautela o de utilidad. (p. 42) La aceptación puede ser aplicable en la elaboración de estándares de prueba donde hay razones más allá de las epistémicas para elegirlos, como la moral o la política.

La creencia (Grimaltos, 2009) no es contextual y no se alinea con las intenciones o aspiraciones del individuo en ese contexto, mientras que la aceptación, por otro lado, parece contextual y está relacionada con las aspiraciones y riesgos existentes. Por ejemplo, si existe una bomba en la facultad, no la acepta, debido a los peligros que implica actuar conforme a lo que cree, sino de acuerdo con lo menos peligroso. (p. 42) Entonces para Grimaltos (2009) la aceptación se relaciona con motivos prácticos, conveniencia o cautela, pero no con la creencia., que viene gobernada por razones epistémicas. (p. 43) Esta concepción de la creencia justificada epistémicamente es la que, en principio dentro de una valoración de la prueba con criterios racionales, puede ser una diferencia con aquella convicción o creencia subjetiva que tanto cuestiona Ferrer.

Por su parte Tuzet (2020) dice que se puede reconocer que en la aceptación están más marcados el elemento voluntario y el carácter práctico, pero entonces se podría repensar la cuestión diciendo que creencia y aceptación no son dos categorías completamente heterogéneas, sino dos extremos de un *continuum*: se va de las creencias involuntarias a la aceptación voluntaria pasando por las creencias justificadas en todos sus grados.” (p. 163) Lo que hace Tuzet es describir un curso ideal desde la creencia que tiene un elemento de involuntario y subjetivo a la aceptación voluntaria, y que una puede ser la base de otra.

A Ferrer según Tuzet (2020) le interesa remarcar el elemento de justificación y por eso aquel dice que no es suficiente hablar de “aceptación” sino de

aceptabilidad de allí que ciertos elementos suficientes llevados en juicio hacen *aceptable* que *p,* en el sentido de que es justificado aceptar que *p* dados tales elementos de prueba (p. 163) La aceptación es la que tiene una suficiente justificación epistémica con los elementos disponibles dentro del proceso pero Ferrer tiene una concepción más amplia por eso le denomina aceptabilidad. Tuzet (2020) no está conforme con la aceptabilidad propuesta por Ferrer para justificar el discurso racional pues estima que crea más problemas en resolverlos, y sostiene que para que la decisión sea justificada debe tratarse de una *creencia justificada* y debe ser además dentro de una concepción bipartita *una creencia verdadera* y que la actitud proposicional correcta es el conocimiento. (p. 164) Podemos apreciar que en la epistemología se recorre entre ambos conceptos que resultan bastante problemáticos cuando se trata de realizar precisiones.

Ferrer (2021) por las imprecisiones conceptuales siguiendo a Cohen afirma que la actitud proposicional del juzgador respecto de la proposición que se declara probada puede reconstruirse mejor a través de la noción de aceptación y que La aceptación de una afirmación 'p' es una condición mental que implica mantener o adoptar la política de emplear 'p' en el pensamiento en determinados o en todos los contextos (p. 199) La selección de la aceptación le parece más viable, considerándola como un estado mental.

La aceptación de una proposición 'p', en contraposición a la creencia en 'p', es una acción voluntaria (Ferrer, 2021) cuyas razones no son necesariamente epistémicas, sino que tienen un carácter eminentemente práctico y el hecho de que esta no tenga que estar basada necesariamente en razones epistémicas y que la aceptación, a diferencia de la creencia, es dependiente del contexto. (p. 199) La aceptabilidad por encima de la creencia o convicción, siendo que para Ferrer la verdad de las proposiciones no puede apoyarse en esta ultima las que estima irrelevantes, por subjetivas.

Ferrer (2021) afirma que, si la aceptación de la proposición por parte del juzgador fuera una condición necesaria para su prueba, estaríamos de nuevo ante un criterio subjetivo, en el sentido de que dependería del sujeto decisor que la proposición esté probada o no. (p. 200) Entonces aquí estamos frente a la

posibilidad que este concepto se relacione a la convicción objeto de fuertes críticas por el profesor de Girona. La aceptación es una actitud proposicional (Ferrer, 2021), es un estado mental, que, de hecho, podemos o no adoptar. La aceptabilidad tiene un carácter normativo: indica que 'p' debe ser aceptado de acuerdo con los criterios de corrección aplicables al caso por lo que la aceptación es la actitud proposicional que nos facilita informar sobre la declaración de hechos comprobados que, de hecho, realice el juzgador, pero es la aceptabilidad de los hechos, de acuerdo con las pruebas y el estándar de prueba que corresponda, lo que determina que pueda considerarse probada. (p. 200) Ferrer le trata de dar una objetividad a la aceptabilidad, que dispone que *p* debe ser aceptado como probado, independiente de la aceptación del juez. Esto nos lleva a la objetividad del conocimiento, o la fuerza de la realidad, el problema es que esta tiene que ser procesada por alguien, y este es el juez, pues de no hacerse solo existiría en la realidad sin ningún efecto sobre el proceso.

Ferrer (2021) sostiene que distinguir entre creencia y aceptación le permite dar un último paso y plantear la relación entre la aceptabilidad de 'p' y la credibilidad de 'p'. Hay buenas razones para considerar que la credibilidad de una proposición 'p' a la luz del acervo probatorio aportado al proceso es condición necesaria para que 'p' pueda considerarse como probada. Es decir, si tomáramos en cuenta únicamente las evidencias proporcionadas al procedimiento, 'p' sería una creencia justificada. (p. 200) La creencia justifica epistémicamente es lo que Dei Vecchi sostiene, tratando de diferenciar del arribo a la convicción del juez solo en meras apreciaciones subjetivas como la íntima convicción de los jurados.

Para Ferrer (2021) la credibilidad todavía no es condición suficiente para su aceptabilidad: puede suceder que a partir de las pruebas presentadas 'p' sea creíble, pero que aquellas no le aporten corroboración suficiente para considerarla probada conforme con el estándar correspondiente y siendo así, la aceptabilidad de 'p' como proposición probada depende, en parte, de consideraciones epistémicas (a partir de las pruebas) que serán objeto de consideración en el momento de la valoración de la prueba y, en parte, de consideraciones normativas, resultantes de la aplicación del estándar de prueba. (p. 200) La única forma desde nuestra opinión de justificar la creencia o la aceptación es que estas se encuentren

justificadas epistémicamente, es decir se demuestren las hipótesis con pruebas o elementos de juicio que son lo mismo, de tal forma que la objetividad que se espera se plasme en la realidad.

González (2020) dice no puedo creer algo que sé que es falso, pero puedo aceptar sobre lo que tengo dudas, o creo que es no veraz, y comportarse como si fuera auténtico. Por lo tanto, aceptar es una postura proponente que también está vinculada con la verdad, pero de una forma diferente a la creencia: el individuo que cree algo tiene la intención de que su creencia es auténtica, pero esta intención no se manifiesta necesariamente en la aceptación. (p. 88) El autor citado también busca desarrollar criterios que diferencien la creencia de la aceptación. De conformidad con el pensamiento de L.J. Cohen (González, 2020) aceptar que *p* implica tener o adoptar la política de juzgar, proponer o sugerir que *p*, es decir, de incorporar esa afirmación o norma entre las propias premisas para determinar qué acciones o pensamientos realizar en un escenario específico, sienta uno o no que *p* es real. (p, 88) Cohen a quien le debe mucho la epistemología juridica moderna es el que ha traído muchos temas como estos para reflexionar.

González (2020) precisa las características entre creencia y aceptación

a) La creencia es progresiva (podemos estar más o menos persuadidos de algo); la aceptación es absoluta o absolutamente nula.

b) La creencia se define por motivos epistémicos, razones para creer, pero no por motivos prácticos (que sea prudente que crea p no es una razón adecuada para hacerlo); la aceptación se establece por motivos epistémicos y/o prácticos.

c) La creencia no es una acción, es decir, no está totalmente bajo nuestro control (las creencias pueden ser consecuencias de nuestras acciones, pero no son ellas mismas acciones): por ejemplo, no podemos abandonar una creencia p para la que contamos con evidencia abrumadora, pero si todavía no la mantenemos, podemos eludir la búsqueda de dicha evidencia; no podemos obligarnos a mantener una creencia p si no poseemos razones epistémicas (p. 89)

La creencia es involuntaria y la aceptación es voluntaria, cual es el efecto en el conocimiento, eso es lo importante. En la epistemología advertimos que se le da mayor preferencia a la aceptación porque su base es objetiva.

3. El método

La tarea de la epistemología (Carnap, 1990) consiste en desarrollar un método mediante el cual se puedan justificar los conocimientos y la epistemología debe indicar la manera como un presunto conocimiento, considerado como válido, puede ser justificado y fundamentado y el contenido de un conocimiento se justifica relacionándolo con los contenidos de otros conocimientos que se suponen válidos. (p. 5) La justificación de lo obtenido por el método es decir el conocimiento de un objeto no se realiza de forma aislada, sino que esta se tiene que relacionar con otros conocimientos válidos, es decir que ya se encuentran verificados.

El método es un proceso constante, claro y repetible para alcanzar un objetivo material o conceptual. (Bunge, 2002) y como concepto general se consolida a partir de la ciencia moderna, siglo XVII siendo sus propulsores Bacon y Descartes, (p.34) El primero con sus observaciones de la realidad, para inferir conclusiones, es decir el método inductivo, y Descartes que consideraba el análisis y la deducción, menospreciando la experiencia, lo que posteriormente vino a ser superado con el “giro copernicano” en la teoría del conocimiento con el aporte de Kant.

Aguirre y Pabón (2020) afirman que una de las conclusiones más relevantes de la epistemología es destacar la presencia de una relación significativa entre los objetos que deseamos entender y el método que utilizamos para comprenderlos. Esta relación es de doble vía: un objeto requiere ciertos métodos y descarta otros, mientras que un método facilita el conocimiento efectivo de ciertos objetos y descarta otros (p.192) Objeto y método para estos autores tienen una relación bidireccional, aunque, estimo que la investigación debe ser libre, y que todos los métodos que se adecuen al objeto de estudio deben ser aplicados.

Una nota esencial de una teoría científica para Bunge (2002) es que sea contrastable, aunque es insuficiente pues puede ser incompatible con un corpus teórico mayor (p. 38) y que la distinción que separa a las hipótesis y teorías

científicas de las no científicas no radica en su propia contrastabilidad, sino en su vinculación con la compatibilidad con el mayor conocimiento científico.. (Bunge, 2002, p. 39) Aquí estaríamos frente a una alusión coherentismo, que dice que alcanzar la verdad es estar en correspondencia con las creencias colectivas, sin embargo, este enfoque por sí solo es insuficiente si es que las creencias no tienen soporte epistémico.

La metodología desarrolla una serie de procesos, basados en técnicas y en el diseño de instrumentos, enfocados en la recolección y gestión de fuentes, con el objetivo global de entender el objeto de estudio.. (Aguirre y Pabón, 2020, p.194) el método nos permite encaminarnos hacia la aprehensión del objeto del conocimiento, y utiliza las herramientas necesarias para poder acercarnos a la verdad.

En conclusión, estamos convencidos de que la epistemología es una sección de la filosofía que busca obtener conocimiento de una realidad específica, y comprende el método para alcanzar a aprehender los fenómenos de esta.

4. Epistemología Jurídica

La epistemología jurídica es una disciplina que forma parte de la Filosofía del Derecho, pero que tiene sus propias características respecto del objeto de estudio, que son más particulares o específicos. Esta relación entre ambas las señala Susan Haack (2020) en sus investigaciones sobre la prueba y la filosofía y advierte que hay conceptos que inevitablemente generan tensiones entre el razonamiento filosófico y el razonamiento jurídico y que la epistemología es aquella parte de la filosofía a la que corresponde la tarea de articular qué es la prueba y qué hace a una prueba mejor o peor a diferencia del derecho probatorio que lo concibe como un engranaje de prácticas, procedimientos y reglas que rigen el manejo legal de la prueba. (p. 136) En este caso advertimos que el objeto de conocimiento es la prueba, pero desenganchada del derecho probatorio, es decir del derecho procesal que regula la actividad probatoria, por lo que la epistemología trasciende a esta, que, si bien es importante el derecho procesal, este no puede fijar criterios para realizar correctamente el razonamiento sobre la prueba, como la valoración de esta, o la fijación de estándares.

En la visión racionalista de la evaluación de la prueba, Moreso (2021) estudiando los aporte de Michelle Taruffo al derecho, afirma que el maestro genovés ha recurrido a la mejor epistemología y filosofía de la ciencia que se originaron en la filosofía analítica del siglo XX para enriquecer su concepción de la prueba (p. 542) El impacto de la filosofía científica en el ámbito de la teoría de la prueba, con la aplicación de criterios de la investigación científica al derecho, ha evitado que se reduzca el conocimiento jurídico solo al derecho probatorio, en si importante por el principio de legalidad, pero insuficiente para explicar criterios epistémicos de prueba, de allí que es menester valorar la originalidad de los planteamientos de Taruffo, que dieron un vuelco a la forma como se teorizaba sobre la prueba.

La epistemología o la teoría del conocimiento (Vásquez, 2015), cuyo tema de investigación son las creencias, la fundamentación y la veracidad de las creencias y el saber tiene un gran impacto en la prueba en el ámbito jurídico. (p.59) El núcleo de la epistemología reside en la problemática del saber. y Vásquez le da relevancia a la prueba jurídica como objeto de estudio de esta disciplina y de la búsqueda de la verdad.

Para Haddad (2017) La epistemología jurídica es un tipo de gnoseología aplicada que se dedica al análisis de la probabilidad de que las resoluciones judiciales sobre hechos sean casos de conocimiento. La epistemología jurídica se enfoca en aplicar los elementos y herramientas que la teoría del conocimiento proporciona para valorar las posibilidades y condiciones requeridas para que el resultado de la prueba sea verdadero y posea el nivel de saber. (pp. 3-4) También en la misma línea que Haack se centra en que la epistemología tiene como finalidad estudiar la prueba judicial y los métodos para demostrar las aseveraciones sobre hechos.

El filósofo peruano Francisco Miró Quesada (1986) sostiene que un estudio sobre el derecho justo es epistemológico, cuando analiza los problemas que plantea el intento de encontrar una definición de justicia, por lo que la forma de tratarlo es de esta naturaleza (p. 9) Si bien el profesor sanmarquino se enrumba en un estudio de corte axiológico porque el objeto de análisis es la justicia, la

problematización, el camino para encontrar una solución es cognoscitiva, aunque el ámbito es más filosófico.

En una orientación diferente tenemos a Luigi Ferrajoli (2008) cuando discierne sobre los enfoques respecto al estudio de la norma jurídica y afirma que esta puede ser examinada como cualquier prescripción contenida en la ley como un universo lingüístico normativo o también como un universo factual, o realista, y que esta duplicidad constituye el problema central de la epistemología jurídica (p. 55) El filósofo italiano ubica como objeto de estudio el derecho positivo y desde una postura dualista considera que la realidad de la cual se nutre el derecho, también debe ser examinada por la epistemología, y de alguna manera esto tiene que ver con las concepciones que se distancian de Kelsen, quien pese a sus importantes aportes para entender el fenómeno normativo no se dirija a estudiar lo factual.

Por su parte Aguirre y Pabón (2020) postulan tres áreas abordadas por la epistemología jurídica siendo estas a) La discusión sobre el derecho como ciencia b) El derecho como práctica jurídica o la filosofía de la prueba; y c) los métodos/enfoques y metodología/estrategias de investigación científica en el campo jurídico. (p.188) El debate sobre si el derecho es ciencia, implica tener una postura teórica de como concebimos la ciencia, si es que estamos ante una ciencia pura o una ciencia aplicada. También considera que parte de la epistemología es la práctica de la prueba que es una tendencia mayoritaria en la doctrina y el método para estudiar el fenómeno jurídico.

Con relación a la prueba, algunos autores como el filósofo norteamericano Laudan (2015) afirma que la epistemología jurídica correctamente entendida comprende dos elementos a) una que detalla las normas de prueba en un sistema legal específico con el objetivo de reconocer aquellas que fomentan la indagación de la verdad, pero especialmente aquellas que la obstaculizan y b) una normativa que sugiera modificaciones en dichas normas para suprimir o modificar aquellas que sean barreras serias para descubrir la realidad (p. 63) Se ha reconocido en la doctrina la relación conflictiva que tiene el derecho probatorio positivo, con la investigación de la verdad en contextos jurídicos, como un proceso penal, puesto que muchas veces por la primacía de otros valores, se limita el camino investigativo, como cuando se establece que en resguardo de la unidad familiar, un cónyuge

testigo no está obligado a declarar en contra de su pareja, o el hijo testigo respecto del padre que es imputado por un hecho delictivo.

La búsqueda de la verdad en el proceso es parte de esta disciplina. Aguirre y Pabón (2020) señalan que la cuestión fundamental es cómo lograr que los procedimientos judiciales conduzcan en la obtención de la verdad y además preguntarse ¿Qué es una prueba? ¿Cómo se debe justificar un hecho para considerarlo una "verdad jurídica? ¿Cuál es la naturaleza y la justificación del testimonio? ¿Cómo describir la naturaleza de la experticia en lo que respecta a las pruebas periciales? (p.191) La búsqueda de la verdad tiene un contenido netamente epistémico, pues lo que se aspira es pasar de una situación de incertidumbre a una en la que se han verificado hipótesis, y cuál es el camino para alcanzarla y se requiere la evaluación de la prueba como los testimonios o las pericias. Este planteamiento coincide con Dei Vecchi (2019) quien dice que se refiere a la evaluación de la prueba donde el único modelo aceptable sería la sana crítica, entendida como un estándar general de la epistemología o las normas para una adecuada comprensión humana, esto es, las normas de la lógica y las de sentido común. (p. 57) Interesante enfoque puesto que la apreciación de la prueba tiene como finalidad alcanzar un resultado probatorio que puede ser la confirmación o no de las hipótesis que postulan los sujetos procesales, es decir que los criterios de la sana critica son epistemológicos y permiten arribar a la certeza o la verdad.

La epistemología (Ubertis, 2017) es comprendida como investigación crítica de los procedimientos y de la legitimidad del saber, y el tema de la epistemología juridica son las reglas e instrumentos empleados por el magistrado. para lograr la adquisición del material fáctico para valorar y realizar las opciones decisorias. (p. 32) Aquí vemos un objeto de estudio de la epistemología jurídica que sería el procedimiento de recopilación de elementos de juicio o evidencias. para ser sometidas a la apreciación judicial, esto es el juicio de hecho orientado justificar la decisión o resolución en el proceso, aunque estimamos que reducir la búsqueda de la verdad solo a la labor del juez, limita la posibilidad que la acusación y demás partes puedan contribuir a alcanzar la verdad.

Dwyer (2008) identifica cuatro facetas de la investigación de hechos legales que son lo suficientemente distintivas para justificar la descripción de la epistemología legal como una modalidad particular de la teoria del saber.

1. Aunque la epistemología clásica se enfoca en cómo las personas forman creencias justificadas, la epistemología jurídica se encarga de la formación cooperativa de estas.
2. Las creencias justificadas de la corte afectan más que solo la conducta de la corte, y así representan una forma especial de razonamiento.
3. Los órganos judiciales se rigen por normas, que difieren de una jurisdicción a otra, y que fluctúan entre jurisdicciones., sobre qué evidencia pueden considerar, y qué significado deben atribuir a ciertos tipos de evidencia.
4. 4. El carácter de la relación especial entre el proceso legal y la verdad, así como la manera en que se define la relación entre verdad y justificación, puede ser delineado con mayor meticulosidad en un contexto legal que en la mayoría de las situaciones sociales. (p. 21)

Podemos apreciar que Dwyer Deirdre en la epistemología jurídica que propone se concentra en la evidencia o la prueba, y aspectos vinculados a ella como es el de las creencias justificadas que pueden ser determinantes en la decisión judicial, y que el origen de esta se encuentra en los tribunales que imparte justicia en contextos procesales, por lo que también la epistemología jurídica se enfoca en la relación entre proceso y la verdad, y la justificación si es que esta es alcanzada, las reglas procesales y el contexto social en los que se aplica, similar a la que postula Luigi Ferrajoli.

Barroso (2020) afirma que la Epistemología Jurídica, se adentra, en particular, en el estudio de la teoría del conocimiento y de la teoría de la prueba, a partir del análisis de la importancia de los hechos, la percepción sobre las presunciones (p. 56) [1] El abordaje de la teoría del conocimiento se refiere al que puede aprehender el derecho, lo que implica necesariamente una postura filosófica sobre lo que es el derecho, en la medida que la epistemología cuando se centra en el derecho y sus manifestaciones como la norma jurídica además, precisa cuales métodos se pueden emplear a fin de comprender el fenómeno legal que supera en términos rigurosos la norma y que abarca la realidad social, por lo que tiene sentido

[1] Epistemologia Jurídica, adentrando, notadamente, no estudo da teoria do conhecimento e na teoria da prova, a partir da análise da importância dos fatos, da percepção acerca das presunções.

sostener que otro ángulo de la epistemología jurídica es la teoría de la prueba que fija o propone las reglas para poder reconstruir hechos de relevancia jurídica.

En una postura más amplia Tantaleán y Sánchez Zorrilla (2019) sostienen que la epistemología jurídica va más allá de los estudios de la prueba e ingresa al estudio del conocimiento como tal por lo que la utilización de este nombre no puede restringirse a la Teoría de la prueba. (p. 96) Nos parece correcto esta postura puesto que el derecho no es reducible a la teoría de la prueba, pues abarca otros aspectos como es la norma jurídica o el derecho positivo.

Por su lado Céspedes (2021) dice que la epistemología señala los métodos apropiados para aproximarnos a la certeza, y depende de la moralidad política establecer el grado de exigencia que el estándar debe imponer en función de los diferentes intereses en juego. Si se desea determinar cuál es el estándar de prueba legítimo para un procedimiento específico, se deben considerar aspectos de índole moral. (p. 2) Lo que afirma Céspedes en el fondo son los límites de la epistemología jurídica pues existen factores meta epistémicos que intervienen en la decisión judicial, como es la moralidad política, es decir elementos valorativos que como es conforme en la doctrina no pueden aplicárseles los predicados de la lógica. En este sentido también coincide con Aguirre y Pabón (2020) que afirman que la epistemología jurídica va más allá de las reglas de la prueba, las que son específicas de cada sistema legal en particular y se pueden hallar en los códigos de procedimiento., para reflexionar sobre las posibilidades y las metodologías generales para alcanzar verdades justificadas en los procesos judiciales. (p.190) Esta postura compartimos pues solo pensar que la epistemología jurídica se concentra en la norma procesal, sería limitarla, y estimamos que su alcance va más allá, pues tiene que ver respecto del camino cognoscitivo que se utiliza para llegar a verdades justificadas epistémicamente dentro del proceso.

La alusión a factores extra epistémicos que se introducen en el razonamiento probatorio también es advertido por Laudan (2013) que señala que la consolidación de la epistemología jurídica se vuelve mucho más difícil en razón que también están en juego valores no-epistémicos que a veces colisionan con los epistémicos por lo que, si hay necesidad de reducir errores aceptando que los jurados en ocasiones se equivocan en sus fallos, entonces el remedio sería implementar un sistema de

revisión judicial que permitiera apelar tanto absoluciones como condenas. (p. 24) Esta apreciación que hace Laudan respecto a lo valorativo al que considera como extra epistémico, es decir esta fuera del alcance de la epistemología jurídica, posición que nos adherimos puesto que los valores forman parte del objeto de analizar tanto la filosofía jurídica como la filosofía en su totalidad, de contenido metafísico, el mismo que para los que siguen al positivismo lógico es irracional.

Finalmente, Marín (2014) sostiene que la La epistemología jurídica contemporánea se fundamenta en estándares de prueba que pueden ser verificados y controlados, como los de la inferencia lógica, la probabilidad de veracidad y el saber más allá de la incertidumbre razonable. (p. 114) Esta postura es la que concentra la atención cognoscitiva en la actividad probatoria, de cómo es el proceso inferencial que permita representar el paso intelectivo en las premisas hasta la conclusión, y que la demostración de las hipótesis solo puede arribar a certezas aproximadas, puesto que se asume la probabilidad lógica como enfoque teórico.

5. Clasificación de la epistemología jurídica

A efectos de poder cumplir con el objeto de este trabajo de hacer una precisión de los campos en los que interviene la epistemología jurídica como una disciplina de la filosofía del derecho, podemos sostener que esta se divide en las siguientes ramas:

5.1. Epistemología jurídica de la prueba o fáctica

En tanto el proceso es un motor de conocimiento, este es intrínsecamente epistémico, entonces podemos precisar que la demostración, los criterios de evaluación, los estándares y los niveles de confirmación, son objeto de análisis de la epistemología. Con los aportes de Michelle Taruffo, Jordi Nieva Fenoll, Daniel González Lagier, Carmen Vásquez, Jordi Ferrer Beltrán, entre otros estudiosos, se ha fortalecido la corriente epistemológica de la prueba. Marina Gascón (2004) que es parte de esta corriente, afirma que la teoría de la prueba se asienta en una epistemología que recoge los aportes de las ciencias, del conocimiento inductivo, y la probabilidad lógica mediante las

teorías del nivel de corroboración (p. 24) Independientemente del modelo teórico que se asuma, podemos precisar que la prueba y el camino de demostración de hipótesis, es objeto de estudio de la epistemología jurídica.

5.2. Epistemología jurídica normativa

Podríamos considerar que la epistemológica al poner como objeto de estudio las normas jurídicas, de sus reglas emplea métodos desarrollados ampliamente por la doctrina como la dogmática, la interpretación histórica, lingüística, sociológica, teleológica. Las lagunas jurídicas, la descripción lingüística, los problemas de hermenéutica en suma son el ámbito de esta clase de epistemología, desde la teoría pura del Derecho de Kelsen al plantear que se haría el estudio de manera científica sin admitir valoraciones.

5.3. Epistemología socio jurídica

El derecho se nutre de la realidad social y responde a su tiempo y espacio, y es una construcción cultural, que nace también a partir del tipo de Estado del que se genera la norma positiva, por lo que esta no puede soslayarse y mediante la investigación socio jurídica, apoyándose en el instrumental metodológico de las ciencias sociales se puede representar a la sociedad de la que nace el derecho.

Como conclusiones tenemos que:

a) La epistemología es una parte de la filosofía que se ocupa del problema del conocimiento, sobre el objeto de estudio y el método para poder alcanzar la verdad
b) La epistemología jurídica, que es una rama aplicada de la filosofía jurídica, se enfoca en examinar el derecho establecido y, en su aplicación a un caso específico, también centra su atención en la prueba, en la demostración de hipótesis, y las reglas de valoración
c) Respecto del contenido valorativo del derecho en la medida que es de connotación metafísica y no se puede predicar veracidad y falsedad, esto sale del ámbito de la gnoseología y le corresponde a la metafísica del derecho a discutir sobre ello.

d) Uno de los problemas de la epistemología es llegar a la verdad, por lo que, si el objeto de demostración son los hechos, estamos frente a una epistemología de la prueba o fáctica, y si el objeto es una norma jurídica, entonces estamos ante una epistemología jurídica normativa.

CAPITULO II

LA PROBABILIDAD INDUCTIVA O LOGICA

1. Antecedentes

El Novum Órganum fue una respuesta al Órganon de Aristóteles de parte de Francis Bacon a quien se le ha considerado (González, 1974) , como el fundador de la filosofía moderna y que no es otra cosa que un teorizador del empirismo y un defensor del método inductivo y mero continuador de lo que tres siglos antes preconizara Roger Bacon[2] (p. 96) La inducción no estuvo fuera del pensamiento aristotélico, ya Kneale (Schum, 2016) sostuvo que el término inducción surgió de los esfuerzos de traducir una palabra (*epagoge*) usada por Aristóteles en la descripción del razonamiento de los casos particulares hacia las verdades universales (p. 63) Esta es la línea de razonamiento la que permite emplear este método y construir reglas generales a partir de la identificación de regularidades o fenómenos repetitivos.

El filósofo griego Aristóteles usó el concepto de probabilidad (Schum, 2016) vinculándolo con las *generalizaciones* comúnmente afirmadas como base para el razonamiento y que concebía la inducción como el paso desde los particulares hasta los universales. (p. 63) La elaboración de los universales, o leyes generales, es una aspiración de la teoría del conocimiento desde la deducción y ahora con la inducción, pero Aristóteles en este último método no hizo un desarrollo amplio como si lo hizo con el silogismo.

David Hume, uno de los grandes representantes del empirismo inglés (Guzmán, 2018) afirmaba que la probabilidad es la evidencia que está acompañada de la incertidumbre (p. 54) Se refiere el filósofo a que siempre existirá un atisbo de duda o de error, pues la verdad absoluta es inalcanzable.

[2] Filósofo y teólogo escolástico inglés de la orden de San Francisco, que vivió entre 1214 y 1294.

El interés principal de Aristóteles (Schum, 2016) estuvo en el establecimiento de la demostración de verdades universales desde premisas primarias, en forma de particulares y reconoció las dificultades de obtener conocimiento de estos particulares, pues debían ser establecidos demostrativamente desde otros particulares por lo que se daba una regresión infinita (p. 64) Ya el filósofo griego había advertido las dificultades para probar desde los particulares, pues su lógica fundamentalmente estaba construida con argumentos deductivos que se fundamentan en premisas universales, verificadas de tal forma que las conclusiones de las inferencias sean categóricas, lo que no se advierte de la inducción por ir de lo particular a lo general.

Le correspondió a Bacon desarrollar el método inductivo aplicándolo a la investigación de la naturaleza. El filósofo inglés (González, 1974) distingue dos momentos en el acercamiento a la verdad que es la observación y la experiencia y que la aplicación de la inducción se debe guiar por tres tablas: de presencia, de ausencia y de grado, que comprueban, respectivamente, la correspondencia de un hecho con la causa supuesta, la desaparición de esta quitada dicha causa y su variación al modificar la causa. (p. 96) La fundamentación del método fue una reacción de Bacon hacia la lógica deductiva que tenía el problema de no allegar conocimiento que partiera de la realidad, de allí que observamos en el Organum un conjunto de experimentos que desde esta época nos parecen ingenuos o irrelevantes, pero que intentaban justificar el método.

Sostenía Bacon (Schum, 2016) que el método de la inducción, aunque difícil de practicar, era fácil de explicar y proponía establecer grados progresivos de certeza. (p. 68) Esto nos lleva al probabilismo para poder alcanzar la verdad y el sustento también de los estándares de prueba que en el fondo son grados de acercamiento a la verdad, dándole también otro cariz al vocablo de certeza, ya no absoluto sino relativo o también de cuasi – certeza.

Para Schum, Anderson, Twining (2015) la Inducción por eliminación es un método de prueba que consiste en emplear diversas pruebas para eliminar las hipótesis alternativas que están siendo consideradas. (p. 488) Pensemos en las hipótesis que plantea la defensa para refutar a la acusación, y estas son puestas a verificación con las pruebas ingresadas y actuadas válidamente dentro del proceso.

Se trata de eliminar todas las hipótesis que sean incompatibles con la hipótesis principal.

Un remedio para las deficiencias de la inducción enumerativa (Schum, 2016) fue la propuesta de Bacon al abogar por un proceso eliminativo en el cual la prueba se utiliza, no en la acumulación de soporte para la hipótesis, sino en un esfuerzo para eliminarlas y que, si alguna hipótesis o generalización puede ser derribada por una instancia simple negativa, entonces quizás deberíamos estructurar nuestros procesos observacionales y la obtención de prueba con la mentalidad de la eliminación. (p. 67) Eso de alguna forma emparenta a Bacon con el falsacionismo de Popper que, en vez de verificar una teoría, lo que hace es refutarla para someter a prueba su consistencia o solidez.

Cohen (Schum 2016) afirma que se utiliza la palabra *inducción* para aludir al raciocinio que provee solamente *algo,* pero no motivos completos para una conclusión y que son *ampliativas* por naturaleza puesto que tal razonamiento amplifica nuestro conocimiento. (p. 62) En realidad dependiendo de la dirección hacia donde se dirija el método estaremos ante una inducción ampliativa, que aumenta el conocimiento, aunque la división no es tan tajante pues la inducción eliminativa al descartar hipótesis no lo hace en base a ignorancia o conocimiento disminuido, sino en base a la adquisición de este.

La inducción (Schum, 2016) basada en la enumeración de casos individuales no puede establecer conclusivamente la verdad de algunas hipótesis o generalización aun si todos los casos de prueba examinados hasta la fecha han sido favorables a esta generalización (p. 64) Lo que sucede es que este método busca resolver una situación de incertidumbre, pero siempre a partir de verdades aproximadas y no certezas absolutas.

2. La inducción y la investigación científica

Hempel (1973) afirma que las teorías se introducen regularmente cuando estudios anteriormente realizados de una clase de fenómenos han revelado un sistema de uniformidades que se pueden expresar en forma de leyes empíricas y que las teorías intentan explicar estas regularidades y, generalmente, proporcionar una comprensión más profunda y exacta de los fenómenos en cuestión. (p. 107) La observación, la experimentación permiten cuantificar regularidades que se van a

plasmar en leyes científicas, es decir fenómenos repetitivos de tal forma que puedan ser la base de la teoría que los puede agrupar y explicar a partir de estas regularidades. En el ámbito legal, al referirse a las máximas de sentido común o a las generalizaciones empíricas,, lo que se hace es identificar regularidades que puedan funcionar como premisas en las inferencias propias del razonamiento probatorio.

Schum (2016) dice que Karl Popper ha argumentado que, en la ciencia, al menos no hay cabida para las probabilidades y que está de acuerdo en que las teorías no pueden ser nunca demostradas sino únicamente refutadas, por lo que sus métodos se asemejan a la inducción por eliminación, hasta el punto de que ellos nos permiten falsear teorías sobre la base de diferentes ensayos probatorios (p. 72) Este es el fundamento del falsacionismo, de poner a prueba la fuerza de la teoría haciendo conjeturas, y refutándola, como el ejemplo de que todos los cisnes son blancos, pero si se encuentra un cisne negro se descarta dicha aseveración.

Con relación a las explicaciones científicas ,Hempel (1973) considera que no todas se basan en leyes universales y pone como ejemplo el hecho de que Jim haya contraído el sarampión se puede explicar diciendo que la enfermedad se la contagió su hermano, que tuvo el sarampión unos días antes y que la conexión no se puede expresar por medio de una ley de forma universal ya que no todas las personas se contagian por una exposición sino tienen una probabilidad muy alta de contraer la enfermedad y estos enunciados se le denomina leyes de forma o leyes probabilísticas (p. 91) Una ley universal en la idea de Hempel y de la filosofía de la ciencia en realidad es que puesta como premisa en una inferencia tendrán un resultado categórico propio de lo deductivo, mientras que la leyes probabilísticas tendrán un resultado que no tendrá la misma contundencia, es decir que pueden tener un alto grado de probabilidad de ser verdadera o de cuasi certeza pero que también pueden ser falsas.

Sostiene Hempel (1973) que las inferencias deductivas se originan de premisas verdaderas, y por lo tanto, la conclusión siempre es verdadera. Sin embargo, en el caso de Jim, es posible que los enunciados explanantes sean verdaderos y el enunciado explanandum, no obstante, falso. Por lo tanto, el explanans implica el explanandum no con veracidad deductiva, sino únicamente

con cuasi – veracidad o con un elevado nivel de probabilidad. (p. 92) Hay que considerar que los enunciados explanantes para Hempel son los que explican un fenómeno bajo una ley y son la base teórica para entender y predecir eventos, mientras que el *explanandum* es el hecho que se pretende explicar. En la afirmación de Hempel se puede identificar la diferencia entre las conclusiones a las que arriba el razonamiento deductivo que tiene el carácter de categórico o de verdad absoluta mientras que la conclusión que proviene de la inducción tiene un carácter de verdad relativa por lo que está expuesta a márgenes de error.

Respecto a la confirmación del conocimiento, Schum (2016) creía que parte de la dificultad es que muchos llegan a aceptar la idea de que la certeza es fija y que lo único que puede ser graduado es la incertidumbre (p. 68) Podríamos estar ante un escepticismo fuerte en la epistemología, de conceptualmente considera que la certeza es equivalente a la verdad absoluta, la que no sería graduable, sino su contraparte la incertidumbre, es decir un estado de duda. Lo cierto es que se mire desde cualquier punto de mira, podemos afirmar que estamos frente a aproximaciones.

Para ilustrar la probabilidad inductiva Hempel (1973) propone un ejemplo fijando como premisa mayor que hay la probabilidad de que las personas expuestas al contagio del sarampión contraigan la enfermedad es alta. La premisa menor que Jim estaba expuesto al contagio del sarampión, por lo que es altamente probable que Jim contrajo la enfermedad. (p. 92) Veamos cómo se puede formalizar lógicamente esta inferencia inductiva en el ejemplo dado por el filósofo de la ciencia.

P1: Si una persona está expuesta al contagio del sarampión, hay una alta probabilidad de contraer la enfermedad.

P2: Jim estuvo cerca de una persona contagiada.

C: Es probable que Juan se contagie de sarampión.

Formalizado en lenguaje de la lógica

P1: p -> q (Si p, entonces q)

P2: Jim estuvo cerca de una persona contagiada. (p)

C: Entonces, es probable que Jim se contagie. (q)

En consecuencia, la inferencia se puede expresar como:

p -> q

p

_____

Q

3. Concepto de probabilidad

La palabra *probable* (Schum, Anderson, Twining, 2015) en el discurso cotidiano describe una situación respecto de la cual no se sabe con certeza que es, pero que la gente se inclina a creer a diferencia del uso técnico del término *probabilidad* que designa una medida cuantitativa de la incertidumbre asociada con algunos estados de cosas desconocidos o como se le llama técnicamente, *evento G.* (p. 448) Cuando pensamos sobre un acontecimiento futuro podemos sostener que este se realizará pero no tenemos la certeza que sucederá si o si, como por ejemplo afirmar que mañana lloverá. La información climatológica nos dará algunos datos que nos permitirán afirmar decir que lloverá, y la intuición al observar unas nubes oscuras y cargadas nos dicen lo mismo, pero llega el día y no ha llovido, es decir que no se tiene la certeza que podrá darse el resultado. En el uso técnico de la probabilidad la aproximación a un resultado que se prevé puede der en función de modelos matemáticos como el de Pascal o de Bayes a partir de los datos disponibles.

El probabilismo (Lakatos, 1989) fue elaborado por un grupo de filósofos de Cambridge que entendían que, aunque todas las teorías carecen igualmente de la posibilidad de ser probadas, sin embargo, tienen grados de probabilidad diferentes (en el sentido del cálculo de probabilidad) con relación a la evidencia empírica disponible. (p. 21) De acuerdo con la cantidad y calidad de datos de que se disponga se podrá probar una hipótesis, y estos datos serán determinantes en los grados de probabilidad, pues mientras la información sea endeble la probabilidad que la hipótesis sea confirmada es débil, y responderá su grado de confirmación a esos datos. En otras palabras, datos débiles, hipótesis probada débil. De allí que

tiene sentido el hecho que hay una conexión íntima entre la valuación de la prueba y los estándares demostrativos.

La probabilidad debía pensarse según Cohen (2017) como grado de “demostrabilidad” y entonces imaginar o concebir ese grado de “demostrabilidad” aun en ciertos tipos de sistemas que excluyen los principios pascalianos. (p. 3) Hay una linea de argumentación en el campo de la epistemología jurídica respecto a que no es posible representar matemáticamente los estándares de prueba, es decir no se puede llegar a una probabilidad cuantitativa, por lo que se propone pensar la verdad aproximada como una expresión de grado de demostrabilidad o de confirmación.

La innovación que trajo Cohen, según Levi (2017) fue la original observación de que hay al menos dos formalismos que pueden ser consideradas gradaciones de la “demostrabilidad” o la Probabilidad siendo una la estructurada de acuerdo con el cálculo clásico de la probabilidad matemática de Pascal y otra diferente que el asoció con Bacon.” (p. X) Es esta última la que ha tenido mejor recepción en la corriente epistemológica de la prueba y los aportes de Cohen han sido reconocidos por Michelle Taruffo, Jordi Ferrer, Daniel Gonzáles, Orión Vargas entre otros, la probabilidad de estirpe baconiana, que más acerca a la argumentación respecto de la prueba, su valoración y la función de arribar a la verdad dentro del proceso.

Una teoría filosófica de la probabilidad (Cohen, 2017) busca interpretar todas estas probabilidades como frecuencias relativas o quizás, como grados de creencia, o como propensiones naturales, o como relaciones lógicas entre proposiciones, o como valores de verdad en una lógica multivalente, o como algún otro tipo unitario de estructura. (p. 5) Una idea que se trasluce aquí es que en la probabilidad inductiva no se puede pensar solo desde la lógica bivalente, esto es desde lo verdadero y lo falso, sino en valores aproximados a la verdad en una lógica multivalente, como la lógica difusa o borrosa de Lofti Zadeh.

Las argumentaciones denominadas explicaciones probabilísticas (Hempel 1973) se sustentan en razón que un determinado evento comparte ciertas características básicas con el tipo correspondiente de explicación nomológico-deductiva que está conectado por medio de leyes. (p. 92) Un primer alcance cuando el filósofo refiere que la explicación deductiva está sustentada en una premisa

mayor que representada por leyes universales, lo que permite arribar a una certeza deductiva categórica, y respecto al resultado al que se arriba en una interpretación inductiva se centra únicamente en demostrar que, sobre la base de la información contenida en la premisa mayor, está construida en leyes específicas, que representan regularidades, pero no en la magnitud y precisión de las leyes generales, por lo que solo se puede esperar en arribar a un elevado nivel de probabilidad, o lo que el pensador denomina «certeza práctica» (Hempel, p. 93) siendo la nota esencial que estamos frente a una certeza aproximada, a un resultado no categórico, sujeto a márgenes de error, cuya magnitud de esta última, dependerá en relación inversa con la justificación epistémica que tengan la hipótesis, esto es a mayor justificación o peso probatorio, los márgenes de error disminuyen y si la hipótesis se sostiene en prueba debil la probabilidad de error será mayor.

Sobre la probabilidad, Russell (1995) sostenía que la esperanza que algo suceda nuevamente era solo probable por lo que no se debía buscar la prueba de que deben ser cumplidas sino alguna razón a favor de la opinión de que es verosímil que se cumpla (p. 61) Lo verosímil debe interpretarse como la capacidad de realizar un hecho conforme a los elementos de juicio o evidencias en los que se sustente. Además, la repetición constante de una serie homogénea o de una coexistencia. (Russell, 1995) ha sido la causa de que esperáramos la misma serie o coexistencia en la próxima ocasión. (p. 61) La repetición de un hecho es un elemento sobre el cual se puede inferir que esta situación se seguirá dando, sin embargo, esto tiene sus límites pues basta que no se repita el fenómeno para poner en cuestión la frecuencia.

4. Probabilidad baconiana

Jonathan Cohen (Schum, 2016) propuso un sistema de probabilidades que es compatible con la inducción variante y eliminativa y se refiere a este sistema como *baconiano*, reconociendo el linaje del interés en la inducción eliminativa rastreable desde Francis Bacon (p. 82) Cohen es el filósofo que puso énfasis en el método inductivo de Bacon como un camino para poder utilizarlo en el campo jurídico, y que la inducción por eliminación, o la refutación es una vía para poder demostrar hipótesis.

Respecto de las probabilidades baconianas, Schum (2016) afirma que son de naturaleza ordinal y gradúan en qué medida las hipótesis son exitosas en resistir nuestros mejores intentos por eliminarlas, sobre la base de una variedad de diferentes ensayos probatorios relevantes. (p. 82) Son ordinales porque se refieren a un conjunto de informaciones que puede ser ordenados o clasificados en categorías y no es posible realizar operaciones matemáticas con ellos

La probabilidad baconiana según Cohen (Levi, 2017) tiene aplicaciones relevantes en algunos campos, pero no en todos y además enfatizó la diversidad del significado pues exploró las relaciones entre las prescripciones del juicio de la probabilidad racional pascaliana y las descripciones del desempeño de los sujetos experimentales al satisfacer tales prescripciones. (p. XIII) En el fondo lo que podemos extraer de esta conclusión de Levi es que la inducción no puede cubrir todos los campos del conocimiento y además que tiene limitaciones pues no se fundamenta en leyes universales, sino en específicas.

La probabilidad baconiana según Tuzet (2020) se vincula históricamente a la idea de la inducción eliminativa, el descarte de las hipótesis que no superan las pruebas y que son recogidos por el proceso penal con el contradictorio como instrumento del control de las pruebas y la misma estructura dialéctica del proceso favorece el control de las hipótesis y las pruebas en competencia. (p. 170) Ya Thomas Kuhn (2004) había desarrollado la idea de eliminación de una teoría por otra, formulando nuevas hipótesis para someterlas a verificación, descartando o eliminando las otras. Esta idea también está presente en Paul Feyerabend (1986) quien afirma que a las teorías hay que criticarlas desde una lógica contra inductiva, desde fuera (p. 16) La crítica a las bases de la teoría científica nos pone en otra alternativa a la confirmación o verificación pues en esta linea también está el falsacionismo de Popper.

Respecto a las aproximaciones o graduaciones de la certeza, Schum (2016) decía que no había una razón en particular del por qué no se podía hablar de graduaciones de la certeza que se producían en las diversas etapas de la indagación como lo hizo Bacon al descubrir su nuevo instrumento para la ciencia. (p. 68) Lo que sucede es que siempre la certeza se asimiló a la verdad absoluta

por lo que en la idea de la probabilidad también se puede decir que la certeza es aproximada o gradual.

El impacto de la inducción eliminativa y variante, provenientes de Bacon y Mill, (Schum, 2016) se dio en el campo jurídico, como el jurista Wigmore que sostuvo que las inferencias en el proceso judicial son de naturaleza inductiva (p. 69) Las inferencias, ese tránsito entre premisas para llegar a una conclusión, pasaban por su construcción a partir de la observación, de la mirada de casos particulares, que permitía identificar regularidades para que en su momento funcionaran como premisas, es decir afirmaciones o proposiciones y la inferencia como proceso para deducir conclusiones lógicas empleando las premisas como soportes.

5. Probabilidad matemática

La noción matemática de probabilidad (Gascón, 2003) la percibe como una característica de los "sucesos" y la analiza en función de la frecuencia relativa, empleando para su estudio los métodos estadísticos desarrollados por la matemática. Es un concepto relativo que se inicia con Pascal y Fermat, prosigue con Laplace y Gauss y finaliza con Von Mises. (p. 23) Por frecuencia relativa se entiende como una medida estadística que representa la proporción de veces que ocurre un evento particular, una regularidad de un conjunto de sucesos observados. Aquí está la idea de la repetición. Sobre este aspecto Ferrer (2021) dice que la probabilidad aplicada a sucesos o eventos determina la frecuencia con la que ocurre un evento en una serie determinada de sucesos. En este caso, nos encontramos frente a la probabilidad frecuentista o estadística, que resulta en los cálculos matemáticos de la probabilidad. (p. 67) los que tienen diversos enfoques como la regla de Laplace cuando todos los resultados son probables, la regla de adición cuando hay la probabilidad que ocurran eventos excluyentes, la regla del producto cuando hay probabilidad que sucedan dos eventos independientes, la distribución de probabilidades aplicables a eventos mucho más complejos, el teorema de Bayes para renovar la probabilidad de un suceso con datos novedosos y actualizados. Como podemos apreciar los modelos matemáticos de probabilidad no son podrían ser empleados por los jueces con una formación distinta. No negamos que pudiesen hacerlo, pero por el origen de sus conocimientos sería

bastante difícil, pues si llegamos a sostener que es posible, tendrían que adicionarse materias como estadística, cálculo de probabilidad a los planes de estudios de pregrado.

El teorema de Bayes ha sido empleado para aplicarlo al campo jurídico, (Gonzáles, 2020) y consiste en determinar primero cuál es la probabilidad a priori atribuida a la hipótesis de culpabilidad y, debido al efecto de las nuevas evidencias, cuál es la probabilidad posterior de dicha hipótesis. Por ende, la probabilidad a priori, que finalmente establece la probabilidad posterior, es completamente subjetiva. (p. 92) Esto es considerado un obstáculo para su aplicación al razonamiento probatorio, aparte que ese cálculo inicial tiene que expresarse matemáticamente y si ya es problemática su aplicación al final de la evaluación de los elementos de juicio o evidencias en el proceso, lo es más en un contexto inicial donde prima la incertidumbre. Uno de los escollos para la aplicación de la fórmula de Bayes es que este si bien es aplicable a sucesos donde pueden aparecer nueva información o evidencia que tendrán un impacto en el cálculo de probabilidades los modelos matemáticos según Bayes, la nueva evidencia puede darse ad infinitum.

Ante la opción de emplear las teorías bayesianas o cuantitativas de la probabilidad, Taruffo (2008) argumentaba que no son las únicas teorías viables de la inferencia probatoria y que la opción sería la teoría "lógica" (o "Baconiana") de la probabilidad como modelo de pensamiento que facilite la racionalización de las inferencias en circunstancias donde una hipótesis fáctica requiere ser comprobada contra evidencias. (p. 32) La adopción de este modelo de razonamiento lógico, es que se asume que para realizar las inferencias en un argumento inductivo, se establecerán relaciones entre las proposiciones que operaran como premisas hasta arribar a una conclusión, cuya naturaleza (Schum, 2016) será provisional y estará sujetas al cambio, a la luz de las nuevas pruebas que se obtengan (p. 83) reconociéndose los límites de este método del conocimiento, de no llegar a un resultado probatorio absoluto, sino relativo, y sujeto a error.

Sobre los límites de la probabilidad, Russell (1995) decía que la asociación de expectativas a repeticiones no se limita al hombre pues también es muy fuerte en los animales, y todas estas esperanzas están sujetas a error pues el hombre que daba de comer todos los días al pollo, a la postre le tuerce el cuello (p. 61) La esperanza del pollo que todos los dias venga alguien a darle comida, en base a esa

experiencia repetitiva no le garantiza la vida, pues ya sabemos cuál es su destino fatal. Con estos ejemplos Russell ponía los límites de la inducción como un método para alcanzar la verdad, pero solo probable y no absoluta.

6. Probabilidad lógica o inductiva como un tipo de razonamiento probatorio

El programa investigativo del filósofo alemán Rudolph Carnap (Ferrer 2021) es el más conocido exponente de la concepción lógica de la probabilidad y tiene dos presupuestos básicos, a) que la relación de confirmación inductiva es una relación lógica entre dos proposiciones, y b) que la confirmación es probabilística y la evaluación métrica de la misma se alinea con el cálculo matemático de probabilidades. pero es esto lo que ha producido objeciones (p. 88) Carnap, es uno de los más importantes miembros del Círculo de Viena y del positivismo lógico que consideraba que el límite de la validez del método científico es lo verificable, y esto los enlaza con la corriente empirista inglesa representada por Locke y Hume.

El concepto probabilidad lógica dice Gascón (2004) se predica a partir de proposiciones en lugar de eventos específicos, y se interpreta como una generalización de la verdad, evitando la interpretación frecuencialista, dado que la considera insuficiente para responder a la probabilidad de los casos singulares: por ejemplo, la probabilidad de que alguien haya estado en algún lugar o haya hecho algo. (p. 23) Este es un punto interesante porque la probabilidad matemática puede aplicarse a la observación de fenómenos para identificar eventos repetitivos o recurrentes, mientras que la probbilidad lógica que se sustenta en proposiciones es aplicable a un evento en particular.

El enfoque de la probabilidad lógica para Taruffo (2008), no recurre a grados numéricos de probabilidad ni a medidas cuantitativas precisas del peso de la evidencia, pero la *«evidence and inference»,* parece ser mucho más eficiente en el análisis de la prueba judicial (p. 33) De allí que este estudioso de la prueba recomendaba su aplicación en el razonamiento probatorio.

Para Ferrer (2021) en el ámbito de la probabilidad inductiva, la contribución de un componente de juicio para verificar una hipótesis constituye una relación lógica entre dos proposiciones. La premisa fundamental de la lógica inductiva es

que la relación de corroboración inductiva es una relación lógica. Para Carnap, la distinción entre la lógica deductiva y la inductiva radica únicamente en que la verificación inductiva representa una implicación lógica parcial y, por ende, gradual. (p. 68) La esencia o el fundamento de la probabilidad lógica es la relación que se dan entre proposiciones que permiten realizar una inferencia que nos arribe a conclusiones con un estatus epistémico de verdad aproximada, de allí que es entendible que la confirmación o corroboración en la idea de Carnap a diferencia de la deducción solo sea parcial o gradual.

En esta línea de pensamiento Taruffo (2008) sostiene que las inferencias que correlacionan medios de prueba y hechos no se originan a partir de cálculos cuantitativos de probabilidad, sino que se fundamentan en patrones lógicos de razonamiento. (p. 33) Las reglas de la lógica van a permitir controlar el proceso inferencial, ese paso entre premisas a las conclusiones deberá permitir establecer que estamos ante un raciocinio valido y no frente a falacias.

Como una característica de la probabilidad, Cohen (2017) sostiene que esta es análoga a la demostrabilidad y que en un sistema incompleto tiene mucho en común con aquello a lo que Keynes se refirió hace tiempo como “el peso” de la prueba. (p. 31) El peso de la prueba que debe ser el resultado de una apreciación o valoración de esta y en relación con la prueba personal y su credibilidad, se puede considerar aspectos como la fiabilidad de la información, la autenticidad y la pertinencia de la prueba material, esta se va a reflejar en el resultado probatorio y en la fuerza para demostrar hipótesis.

Ferrer (2021) afirma que la probabilidad que puede estructurar el razonamiento probatorio no permite el cálculo matemático y se refiere a una probabilidad inductiva. Por lo tanto, los estándares no podrán señalar numéricamente el nivel de suficiencia probabilística requerido para corroborar una hipótesis. (p.19) Si es que admitimos que no es posible fijar matemáticamente cuando se ha probado una hipótesis, por lo menos en la idea de Laudan es que el estándar de prueba más allá de toda duda razonable en una escala de uno a 100, se puede fijar en 90, el problema es que, si bien intuitivamente tenemos que podría

ser ese el nivel de confirmación, el asunto es como calculamos que la justificación epistémica ha llegado a ese umbral.

Este enfoque teórico permitirá darle sustento fáctico con rigor a la apreciación o valoración de la prueba, pero también hay que considerar las críticas como las de Bunge (2002) que lanza sus dardos contra lo que considera el probabilismo exagerado y de alguna forma indirectamente pone el dedo en la llaga de la corriente dominante en epistemología jurídica actual, como es la probabilidad lógica argumentando en contra de este método así:

> "No hay duda de que el concepto de probabilidad es central en la ciencia y la técnica modernas, desde la mecánica cuántica hasta la investigación operativa, pasando por la genética, la teoría del aprendizaje y la teoría de la movilidad social. Pero, naturalmente, la probabilidad no resuelve todos los problemas científicos. Ni hay motivos para suponer que la probabilidad habría de ser la panacea filosófica. Sin embargo; hay entusiastas que sostienen la tesis extremista de que todos los. conceptos filosóficos -en particular los de simplicidad, estructura, significado, verdad, y confirmación- pueden elucidarse en términos del concepto de probabilidad". (p. 25)

Compartimos esta crítica, pues si bien el acercamiento a la verdad puede ser aproximada conforme a la naturaleza de la cosa que se investiga, hay situaciones en los que la comprobación es bastante clara, en el nivel de certeza, a la que no puede atribuirse necesariamente que estamos frente a una verdad probable, pues si bien es de reconocer la posibilidad del error, también nos descarrila en un escepticismo gnoseológico. Se nos ocurre un ejemplo de un homicidio de una persona, que ha sido presenciado por muchos testigos, y está documentado en un vídeo. El homicida es intervenido en flagrancia, con el arma en la mano, y sin embargo se concluye que estamos frente a una alta probabilidad que se tiene al causante de la muerte. Pues no, aquí estamos frente a una clara certeza sobre los hechos.

7. Grados de confirmación y verdad

El filósofo alemán, Carnap (Hempel, 1973) desarrolló un método general para definir lo que llamaba el grado de confirmación para cualquier hipótesis

expresada en ese lenguaje con respecto a cualquier masa de información expresada en el mismo lenguaje y este concepto satisface todos los principios de la teoría de la probabilidad, y, por ello lo denomina probabilidad lógica o inductiva de la hipótesis por relación a la información dada. (p. 75) El grado de confirmación implica variabilidad de la justificación epistémica o elementos de juicio para demostrar una hipótesis construida lingüísticamente con proposiciones fácticas con el correspondiente soporte probatorio.

Ferrer (2021) dice que la probabilidad aplicada a proposiciones cuantifica, en términos generales, nuestra comprensión del mundo. En este contexto, se refiere a una noción epistemológica de la probabilidad que evalúa las probabilidades de veracidad de un enunciado específico. (p. 67) Es decir que la probabilidad asentada en premisas relacionadas lógicamente son las que permitirán arribar a resultados aproximados a la verdad por lo que está en cierto modo sería gradual.

Los términos *certeza* y *probabilidad,* señala Wills, *W. citado por Cohen (2017)* tienen un significado esencialmente diferente cuando se aplican a la prueba moral a partir de lo que ellos importan en un sentido matemático; en la medida en que los elementos de la certeza y la probabilidad morales parecen ser incapaces de expresión numérica. (p. 48) En realidad esto es una afirmación sostenida por la corriente epistemológica de la prueba en razón que en contextos jurídicos no se puede representar matemáticamente la fuerza de la prueba o los estándares probatorios.

Esta falta de representación numérica (Ferrer, 2021) de la probabilidad inductiva de tipo baconiano no conlleva la imposibilidad de graduar y comparar el nivel de soporte inductivo de cada hipótesis y el grado de corroboración de las diversas hipótesis en conflicto puede ser comparado mediante una ordenación de las hipótesis, empero, no puede ser cuantificada numéricamente la probabilidad de las conjeturas. (p. 90) Entonces se deben expresar en lenguajes esos grados de aproximación o cuasi certezas, por lo que podemos optar como opción un bajo nivel dem confirmación, un nivel intermedio o un alto grado de corroboración. Como en el caso nacional cuando se hace referencia a los graves y fundados elementos de

convicción como uno de los presupuestos de la medida de prisión preventiva, ponen un umbral, una fuerza probatoria que debe permitir traspasar esa valla y que dependerá de la cantidad y cantidad de los medios probatorios que haya obtenido el Ministerio Público. Razonando a contrario, tenemos en este caso, que, si los elementos de convencimiento son endebles, o intrascendentes, no se cumpliría con este requisito.

Tuzet (2021) sostiene que si se quiere hablar de «certeza» de la culpabilidad debe reconocerse que se trata de certeza inductiva o certeza de una abducción confirmada por pruebas. (p. 262) Esto es consecuencia de emplear la probabilidad lógica en el razonamiento probatorio.

El nivel de respaldo inductivo (Ferrer, 2021) no puede ser adquirido mediante inducción enumerativa, dado que la repetición de un experimento o la reiteración de una prueba no incrementan el grado de respaldo inductivo de una hipótesis, sino que confieren mayor fiabilidad a la declaración del primer testigo o al enunciado que afirma que Juan fue visto disparando a Pedro. (p. 91) La inducción enumerativa tiene que ver con la redundancia probatoria, que al ser repetitiva no va a dar mayor soporte epistémico a la hipótesis.

Para Ferrer (2021) La probabilidad inductiva también se emplea para evaluar cada componente de juicio o prueba de manera individual, evaluando la fiabilidad del testigo, del perito y de un documento. La valoración individual de la prueba es esencial para posteriormente llevar a cabo una valoración colectiva. (p. 91) La fiabilidad implica que la información brindada por los órganos de prueba tenga correspondencia con la realidad, entonces esto alude a la veracidad.

Keynes (Cohen, 2017) Un argumento adquiere mayor relevancia si se sustenta en una mayor cantidad de evidencia pertinente y si su probabilidad es superior a la de los demás si el saldo favorable se basa en que la evidencia existente es superior a la que soporta el argumento con el cual se compara (p. 31) El aspecto cuantitativo de prueba relevante es la que fortalece un argumento, no de cualquiera sino de relevante es decir de aquella que tiene la calidad para demostrar la hipótesis en cuestión.

Según Muñoz (2020), un estándar de prueba facilita la determinación del nivel de probabilidad necesario para la confirmación de un hecho. (p. 198) Esto se refiere a la medida de esa probabilidad, es poco, mediana o altamente probable.

Cohen (2017) afirma que consuetudinariamente, al ciudadano ordinario británico o estadounidense que forma parte de un jurado, se le pide o se le insta a emplear los mismos estándares de probabilidad y de certeza en las deliberaciones que hace en la sala del jurado tal como lo hace en su vida diaria. (p. 43) Es decir usar las reglas de experiencia o del sentido común o lo mejor de sus conocimientos (the best of your knowledge).

Las instrucciones al jurado que daba el Barón C.E. Pollock, juez británico en 1849, (Cohen, 2017) eran: “Si la conclusión a la que ustedes han llegado es aquella de que hay ese grado de certeza, en el caso de que ustedes actuaran con base en sus propios intereses graves e importantes, esa conclusión es el grado de certeza que la ley requiere y que los justificará al proferir un veredicto de culpabilidad.” (p. 44) Estas instrucciones apelaban a la convicción que tenían las personas respecto de la prueba actuada, y también los colocaba por lo menos mentalmente en la posición del reo, al señala la actuación en bases a sus intereses.

En la ley inglesa y estadounidense describe Cohen (2017) hay por lo menos dos estándares de prueba (demostración) y que un proceso civil el demandante normalmente es requerido para probar los hechos de su caso con base en la *preponderancia de la prueba*, o *el balance de la probabilidad*, si espera ganar y en un proceso penal la fiscalía establece la culpabilidad del acusado solo si prueba (“to prove”) su caso con un nivel de probabilidad suficientemente cercano a la certeza para sacar una conclusión que trascienda la duda razonable. (p. 44) Dos grados de confirmación de la hipótesis, aunque el peso del argumento es menor en la preponderancia de la prueba, en la que todavía puede mantenerse la hipótesis contraria, pero con menor peso probatorio a diferencia del más allá de cualquier duda razonable, en la que se han descartado las hipótesis compatibles con la inocencia del reo, y se ha probado la hipótesis de culpabilidad.

Respecto de las instrucciones a los jurados franceses (Igartua, 2018) el Art. 342 Code d’instruction criminelle establece que la legislación no requiere a los jurados rendir cuentas acerca de los mecanismos mediante los cuales han sido

persuadidos, no le prescribe ninguna regla de la que deba depender la prueba plena y suficiente. Solo les pide que se interroguen a sí mismos y examinen, con la integridad de su conciencia, la impresión que han generado sobre su razón las evidencias presentadas contra el acusado y los mecanismos de defensa utilizados para que contesten esta pregunta ¿tenéis el firme convencimiento de la responsabilidad o inocencia del reo? (p. 55) Si bien la norma no prescribe reglas expresas, lo que podemos advertir que su convicción se funde en la información de la prueba y el efecto que producen en su razón, por lo que sostener que simplistamente que estos decidían fuera de las pruebas, no es conforme con la historia de la prueba. Lo que, si puede tener asidero, es que como en ella no había criterios claros para valorar la prueba, esta quedaba librada a lo que pensara cada miembro del jurado, por lo que esto si era una explicación para que el resultado probatorio sea producto de las apreciaciones subjetivas o irracionales del jurado.

Muñoz (2020) señala que, si se acepta la probabilidad inductiva de Cohen, la cuantificación numérica del nivel de probabilidad que debe alcanzar una hipótesis resulta inviable, pero sí explicitar las condiciones epistémicas en las que puede entenderse que dicha hipótesis está suficientemente confirmada y esta premisa metodológica es compartida por autores como Ferrer, Laudan, Gascón y Taruffo (p. 201) La epistemología jurídica ha sostenido la idea que no es posible cuantificar el grado de probabilidad para poder medirlo por lo que se propone construir una suerte de intervalos que permitan una medición aproximada.

En el campo de la epistemología jurídica (Ferrer, 2021) se argumenta que si el razonamiento probatorio se caracteriza por su naturaleza probabilística y la imposibilidad de obtener certezas racionales respecto a la veracidad de los hechos, resulta esencial establecer el nivel de probabilidad necesario para validar una hipótesis, y esta tarea no puede ser realizada por juicios valorativos de la prueba, dado que esta nos asigna el grado de probabilidad o corroboración de una hipótesis en base a las pruebas presentadas, pero no proporciona información acerca de su suficiencia. (p. 26) Este es un error en el que se cae de desligar la valoración del grado de suficiencia cuando son caras de una misma moneda, pues la probabilidad lógica en el razonamiento probatorio nos permite establecer una relación directa entre el resultado de la evaluación de la evidencia disponibles y su nivel de corroboración, puesto que si tenemos pruebas creíbles, fiables y consistentes,

podemos probar las hipótesis con un grado alto de certeza, y si es lo contrario las hipótesis serán débiles.

Para Guzmán (2018) hay probabilidad *positiva* cuando los elementos existentes incrementan la probabilidad de que el hecho haya ocurrido y que el imputado sea el responsable; y la *negativa* cuando es más probable que el hecho no existió o que el imputado no fue el responsable. (p. 54) La probabilidad negativa también puede calificarse como improbable o poco probable, mientras que su contrario, es que sea más probable o altamente probable que el hecho haya existido.

Gascón (2004) enfatiza que la teoria que ha obtenido mayor aceptación es la probabilidad lógica o inductiva mediante las teorías del grado de corroboración, las cuales postulan que la probabilidad de una proposición específica depende del respaldo adquirido a través de proposiciones que son consecuencias lógicas de dicha proposición. (p. 24.) Hay que señalar que son las proposiciones y las conclusiones a las que se arriba a partir de inferencias es el rasgo esencial de la probabilidad lógica.

Respecto de la medición de la probabilidad Gascón (2004) dice que esta no se mide en términos de frecuencia relativa[3], sino del grado de creencia de Keynes, de aceptabilidad por Kneale, de confirmación por Hempel, Popper, Carnap y Cohen con el apoyo inductivo de una hipótesis respecto a una información, por lo que la probabilidad proporciona así fundamento objetivo para el saber empírico que no puede aspirar a la verdad absoluta y no hay certeza si la proposición es verdadera, más su nivel de verificación debe permitir mensurar la probabilidad de esa verdad. (p. 24.) No se pierde de vista que el norte es la verdad absoluta e inalcanzable, de allí que la medición que se plantea desde los filósofos citados por Gascón es para determinar hasta donde es posible aproximarse a la verdad.

Por su parte, Mascarenhas y Alves (2020) sostienen que en el proceso la verdad se concibe generalmente en términos de probabilidad dada la falibilidad del conocimiento humano, la condena judicial puede ser en esos términos más o

[33] En probabilidad esta referida a la proporción de veces que se da un evento en relación con el número total de experimentos y matemáticamente es el cociente entre el número de veces que ocurre el evento y el número total de ensayos.

menos sólida dependiendo del conjunto probatorio aportado a su apreciación (p. 393) En el proceso judicial, como motor de conocimiento, solo permitirá arribar a la verdad probable o aproximada, por lo que llegar a un acercamiento alto a ella es consecuencia de la fortaleza de los elementos de juicio capaces de poder probar o demostrar la existencia de hechos.

No existe un cuestionamiento serio sobre la naturaleza inductiva del razonamiento probatorio (Bayón, 2010), lo que implica que su aplicación no puede proporcionar una certeza absoluta sobre la veracidad de una hipótesis y que el resultado obtenido tras el proceso de evaluación de la prueba únicamente puede ser articulado en términos de probabilidad y que el problema es que hay varias concepciones sobre la probabilidad, respeto de lo que significa y cómo se mide (p.17) Bayón da casi por cerrado que el razonamiento probatorio reposa sobre el método inductivo, lo que no necesariamente es cierto, puesto que si bien tiene relevancia, no podemos dejar de lado que la deducción no está fuera del razonamiento probatorio, ni la abducción, por lo que desde una perspectiva integradora estimamos que el razonamiento probatorio comprende todos los métodos que nos permiten acercarnos o alcanzar la verdad.

Es suficiente destacar (Bayón, 2010) que, o bien se postula que, como resultado del razonamiento probatorio, se puede expresar numéricamente el grado de probabilidad de veracidad de una hipótesis sobre los hechos, o bien se sostiene que tal proposición es inviable, aunque es factible comparar el nivel de soporte inductivo que cada hipótesis sobre los hechos posee a partir de un conjunto específico de elementos de prueba. (p. 18) Las opciones de expresar matemáticamente el estándar de prueba, de cuantificarlos a partir de teorías de Pascal o de Bayes no han sido de aceptación mayoritaria por la epistemología juridica por lo que se vuelve preponderante la alternativa de contrastar el nivel de corroboración de la hipótesis a través de los elementos de prueba de allí que se diga (Bayón, 2010) La reconfiguración del proceso de valoración racional debe realizarse mediante métodos que preservan lo segundo, tales como la inducción eliminativa, la contrastación o la corroboración de hipótesis (tanto si se caracterizan en términos de probabilidad inductiva como la "baconiana" de Cohen. (p. 18) Lo principal es que el método más adecuado es aquel que permita medir por lo menos

desde la lógica los grados de acercamiento o confirmación de las conjeturas formuladas.

Podemos concluir que la metodología inductiva tiene una preponderancia en el razonamiento probatorio, que la probabilidad medida cuantitativamente no es aplicable cuando se trata de alcanzar la verdad en el proceso y que la probabilidad lógica, permite la medición a partir de categorías de aproximación como poco, mediana o altamente probable.

CAPITULO III

LA PRUEBA DESDE EL DERECHO PROBATORIO

1. Generalidades

Si bien acudimos a la epistemología juridica aplicada al razonamiento probatorio, no debemos dejar de reconocer que esta se desenvuelve en un marco legal, que a veces contribuye en la búsqueda de la verdad, y otras veces es un obstáculo, pero no podemos prescindir de ella.

La prueba posee múltiples interpretaciones y constituye un instrumento esencial en un procedimiento penal. En este, las partes, en un debate oral y contradictorio, confrontan hipótesis fácticas con calificaciones jurídicas, las cuales están sujetas a comprobación y constituyen componentes de sus teorías del caso. Los métodos jurídicos para corroborar los hechos se denominan medios de prueba ¿Cuál es el concepto de prueba? se cuestionaba Jeremías Bentham (1835) y respondía que, en su interpretación más amplia, se define como prueba un hecho que se presupone como verdadero y que se percibe como un motivo de credibilidad para determinar la existencia o inexistencia de un hecho. (p.23). Los hechos son materia de prueba, pero estos ya se dieron en el pasado por lo que en el presente se reconstruye mediante la información proveniente de la prueba.

Maier (1999) postula que la prueba se define como todo aquello que, dentro del procedimiento, simboliza el empeño por integrar los vestigios o indicadores que conducen a un conocimiento certero o probable de su objeto (p. 860). Estos indicios o vestigios constituyen los hechos del procedimiento que posibilitarán la comprobación o refutación de la responsabilidad penal.

Levene (1993) conceptualiza la prueba como las actividades orientadas a a obtener la certeza de los jueces sobre hechos necesarios para la decisión del conflicto ventilado dentro del proceso (p. 565). En este contexto, se conceptualiza la prueba con respecto a su propósito, es decir, que el juez determine sobre la

controversia bajo su jurisdicción. Por lo tanto, la definición de prueba, según Roxin (2000), implica persuadir al juez acerca de la certeza de la existencia de un hecho (p. 185). Por otro lado, la prueba (Cafferata, 2000) se define como todo elemento que puede contribuir al develamiento de la verdad respecto a los hechos que se investigan en el proceso y en relación con los cuales se busca aplicar la ley sustantiva. (p.4) Es doctrina mayoritaria la búsqueda de la verdad, es decir reconstruir los hechos con connotación delictiva a efectos que si hay culpabilidad se aplique la sanción penal.

El jurista Cafferata Nores (2000) destaca que, desde una perspectiva histórica, la prueba tuvo dos momentos claramente definidos. El primero, que delegaba a la divinidad la identificación del culpable y los tribunales se limitaban a ejecutar las acciones necesarias para que dicha verdad se revelara en el Juicio de Dios, conocido como ordalías. En el segundo instante, se estipuló que los magistrados debían formar su propia convicción de la culpabilidad del acusado a través del empleo de su reflexión y es aquí donde se presenta la prueba (p. 4). La primera se refería a factores externos para establecer responsabilidad, una práctica que se extendió en los casos más severos vinculados, por ejemplo, a cuestiones de fe, al empleo de la tortura. Es importante recordar que el Tribunal del Santo Oficio poseía, incluso, la potestad de ejecutar a un acusado. Como fondo, prevalece el irracionalismo. En el segundo, se manifiestan criterios de evaluación fundamentados en el razonamiento, que ha dominado hasta la hoy.

Dentro del marco jurídico del Common Law, se emplea la denominación "evidence" para referirse a la prueba, y el resultado es caracterizado por el término "proof". La actividad probatoria, o la recepción de pruebas, se asocia con la denominación "litigation", que alude al procedimiento formal al que debe estar sometida una acción judicial (Meneses, 2008, p. 4). En esta aproximación a los principios del Common Law, se puede concebir la prueba judicial como todo elemento que posibilita la acreditación o desacreditación de la existencia de un hecho alegado en una causa. Evidence se refiere a la evidencia que tiende a corroborar o refutar la existencia de un hecho alegado y que, cuando se manifiesta, está orientada a generar una persuasión acerca de la existencia de alguna otra cuestión de hecho en la mente del decisor. (Meneses, 2008, p. 4) Esta idea de la persuasión es bastante criticada por Jordi Ferrer pues alude a creencias o

convicciones que nacen de la subjetividad, no es tal en el planteamiento de Meneses porque esta convicción está apoyada en pruebas.

En el procedimiento penal se verifican hechos; por lo tanto, para Palacio (2000), en el ámbito penal no existen causas de derecho puro, dado que es esencial la realización de una actividad orientada a corroborar la realidad de los hechos y las circunstancias que los rodearon, y aquí se enmarca la prueba. (p. 11) En realidad podemos estar en una discusión de interpretación juridica, pero esta nunca se aleja de los supuestos de las normas que son factuales.

En una interpretación más genérica e instrumental, la prueba penal se conceptualiza como (Palacio, 2000) el conjunto de actos procesales ejecutados mediante el uso de los medios estipulados o explícitamente autorizados por la ley, destinados a fomentar la convicción judicial respecto a la existencia o inexistencia, la veracidad o la falsedad de los hechos que sustentan la acusación (p. 12) Esta actividad probatoria se realiza dentro del procedimiento judicial.

2. Principios que fundamentan la prueba penal

Los principios fundamentales que respaldan la prueba, en términos de su proposición, admisión, recepción y valoración, se pueden sintetizar de la doctrina procesal, que se enumeran a continuación:

a. Investigación estatal de la verdad

Se establece cuando el interés público por la sanción estatal ha superado al interés individual, incluso en el ámbito probatorio (Maier, 1999, p. 860). En otras palabras, la revelación de la verdad posee un alto grado de interés estatal y público, y se delega la responsabilidad de la inquisitio al Ministerio Público.

b. Libertad probatoria

En derecho penal, todo aspecto fáctico, indicio o componente de lo que es centro del procedimiento, y relevante para la decisión del juez, puede ser demostrado por cualquier medio probatorio. El límite a esta regla es la prueba ilícita, que es recolectada con infracción de la ley.

c. Constitucionalidad de la prueba

La prueba de los hechos debe realizarse sin que deba lesionar los derechos fundamentales de las partes y tiene su manifestación en la interdicción de la admisión, actuación o evaluación de la prueba ilícita.

d. **Relevancia**

Este principio se encuentra consagrado por las Reglas Federales de Prueba de Estados Unidos, cuya disposición 402 estipula que todos los elementos de prueba pertinentes son admitidos, a menos que se establezca lo contrario. (Taruffo, 2008, p. 41) Opera como una norma inclusiva, lo que implica que todos los medios de prueba deben ser admitidos si son pertinentes.

e. **Oralidad**

Este principio instrumental es utilizado por las partes procesales con el objetivo de transferir la información al juzgador, quien debe utilizar este mecanismo de comunicación de la forma más forma racional posible

f. Contradicción

Es imperativo que las pruebas estén sujetas a la refutación por parte del sujeto procesal afectado. La prohibición de este principio implicaría una infracción del debido proceso y, en particular, contra el derecho a la defensa.

g. **Publicidad**

Esta normativa incide en el juzgamiento que debe ser público. El objetivo es transparentar la actuación probatoria como norma general, garantizando así un control ciudadano sobre ella.

h. **Inmediación**

La recepción probatoria se lleva a cabo ante el magistrado, quien tiene la responsabilidad de resolver la controversia penal. Esta proximidad facilita el desarrollo de la contradicción.

i. **Comunidad de la prueba**

Esta regla establece que una vez que el medio probatorio ha sido admitido en el procedimiento, deja de ser propiedad de quien lo propuso y cualquier parte puede emplearlo si así lo considera para consolidar su caso o pretensión.

j. **Libre valoración**

El principio de valoración libre de la evidencia implica que el magistrado debe interpretar la prueba en el proceso judicial de acuerdo con las normas del criterio racional, o las de la lógica, incluyendo el principio de no contradicción, así como los principios generales de la experiencia. Esta modalidad de apreciación probatoria, definida por Maier (1999) como la libre convicción, requiere la fundamentación o motivación de la decisión, es decir, la articulación de las razones subyacentes a la decisión adoptada y su evaluación crítica (p. 871) que es reconocida como una garantia de grado constitucional en la legislación procesal nacional.

k. **Principio In dubio Pro-Reo**

Involucra la implementación de un criterio de favorabilidad al acusado cuando, al evaluar las pruebas presentadas por la fiscalía, el magistrado percibe que existe incertidumbre razonable en relación con la culpabilidad del reo.

I. La prueba y la presunción de inocencia

El artículo II, apartado 1 del CPP establece la presunción de inocencia en la siguiente interpretación: Cada individuo acusado de la perpetración de un delito es considerado inocente y debe ser tratado de esta manera, a menos que se evidencie lo contrario y se haya establecido su responsabilidad a través de un fallo firme y debidamente fundamentado. Para una sentencia de condena, es necesaria una actividad probatoria adecuada de cargo, obtenida y ejercida con las garantías procesales respetadas escrupulosamente. En este contexto, se la presunción de inocencia se desvirtúa con la actividad del Ministerio Público en su rol constitucional de persecutor y obligado de presentar las pruebas de cargo.

El origen histórico de este principio se puede rastrear como una reacción contra la Inquisición (Maier, 1999, p. 491). Posee fundamento positivo en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, que en su artículo 9 establecía que toda persona debía ser considerada inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad. Es igualmente reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica. Esta salvaguarda del acusado puede ser derrotada mediante la actividad probatoria del Ministerio Publique que acredite su culpabilidad, la cual será determinada por el fallo judicial. Los efectos de esta regla es la de limitar las

medidas cautelares personales que pudieran aplicárseles como prisión preventiva ya que el presunto autor no está obligado a probar su inocencia, porque la carga de la prueba es obligación de la fiscalía.

En esta línea Alberto Binder (2002) estima también que el efecto es que a la persona imputada que ingresa a un procesamiento penal no se le podrá aplicar sanciones penales hasta que no sea declarada por sentencia responsable. (p. 121). ¿Cómo se declarar responsable a un imputado? Y la respuesta es con las pruebas contundentes y suficientes que derroten esa presunción juris tantum que es la presunción de inocencia.

El tribunal supremo nacional en la Casación N° 10-2007 precisa que el contenido relevante de la presunción de inocencia como principio probatorio es que la actividad de demostración de los hechos realizada en el procedimiento judicial sea suficiente, y que las pruebas recepcionadas estén concernidas a los hechos objeto de la acusación y a la conexión del reo con ellos y que las pruebas examinadas y apreciadas tengan un resultado incriminatorio que permita justificar una condena.

Las pruebas deben confirmar lo que es objeto del proceso, siendo lo principal los hechos que constituyen la imputación, y que la acusación demostrada debe incriminar con tal solidez que puedan fundamentar una sentencia condenatoria de manera segura y sin atisbo de dudas.

3. Finalidad y objeto de prueba

Las pruebas, conforme a Carnelutti (1994), contribuyen con el juzgamiento pues proveen al magistrado el mecanismo para hacer un estudio y tanto la conexión entre la prueba y examen atañe el vínculo entre prueba y juzgamiento. Según este autor el examen apunta a la extracción de hechos que están en la oscuridad y que esto al ser hallado denota algo con valor y que en este ejercicio la balanza que se mueve en el centro no se inclina a ningún lado implica equilibrio o igualdad (p.83) El maestro italiano sostiene que el objetivo de la prueba es la provisión de datos al organo judicial, para realice la correspondiente valuación de tal manera que le dará un peso a unas pruebas y eliminará otras y aproximándose a la certeza podrá direccionar la balanza en favor de la pretensión de alguna de las partes procesales.

El objeto de estudio son los hechos que son los sucesos que se producen en la realidad y que es un fenómeno que ha suscitado diversas posturas en el campo filosófico. Una distinción fundamental radica en la diferenciación entre los hechos y la noción de hechos. Dentro del ámbito del proceso penal, los eventos han ocurrido previamente, por lo que nos encontramos ante entidades históricas. El objetivo es corroborar la existencia de un fenómeno, pero en relación con su reproducción mediante los medios de prueba, este fenómeno se materializa en otras manifestaciones, como los enunciados fácticos, que caracterizan o representan dichos hechos, y sostienen o desestiman su existencia. Un hecho debe ser sometido a demostración para determinar su veracidad o falsedad, seguido de su evaluación para afirmar su existencia como un suceso lleno de valor. (Taruffo, 2008, p. 19) Los hechos que requieren juicio valorativo son aquellos de relevancia jurídica que impactan en la situación juridica de un acusado.

Lo que se debe corroborar son proposiciones o enunciados fácticos; en caso de veracidad o falsedad, estos constituyen, en su naturaleza, los objetos de la prueba judicial. Se considera esencial comprender este aspecto para prevenir posibles confusiones. Conforme a Taruffo (2008), este indica que los hechos no se integran en los procedimientos judiciales debido a que ya han ocurrido y, por ende, pertenecen al pasado. En el ámbito de la prueba, los hechos, reconstruidos mediante los medios de evidencia, se consideran de una manera particular: en forma de declaraciones acerca de los eventos exactos, llegando a la conclusión de que lo que se evidencia en el proceso judicial es la veracidad y la falsedad de las afirmaciones relativas a los hechos en disputa (p. 19) Podemos sostener que los hechos históricos se representan a través del lenguaje con enunciados.

Se refiere a la factual (Clariá, 1996) que constituye el centro de la actividad probatoria, y que puede o debe ser confirmado. No se describe directamente al objeto del juicio, sino a las informaciones, ingresadas como elementos de persuasión en el proceso, que poseen la capacidad de generar un saber vinculado con la conducta calificada como delictiva. (p. 308) Lo material se asocia con la realidad, con los acontecimientos reales. El objetivo es que tales datos materiales o sus afirmaciones verificables generen convicción en relación con alguna teoría propuesta por las partes implicadas.

Taruffo (2008) sostiene con mayor fidelidad que los enunciados no son dados a priori ni determinados objetivamente por nadie: los enunciados fácticos son conceptos del lenguaje definidos por las partes involucradas y el magistrado, y se modelan en función de una diversidad de reglas, incluyendo las lingüísticas, componentes institucionales, categorías del pensamiento, normas sociales y morales, normas legales. Por lo tanto, la creación de proposiciones fácticas es una cuestión de elección: plantear un enunciado acerca de un hecho implica escoger una descripción de dicho hecho entre una cantidad infinita de posibles descripciones. (p. 20) Es entendible que se sostenga que en el proceso lo que se demuestra son las aseveraciones de las sujetos sobre los sucesos con connotación penal.

En términos generales, se puede afirmar que los enunciados fácticos, en su calidad de objetos de prueba, son aquellos que delinean hechos externos, sucesos o eventos que se concretaron en la realidad circundante, y también aquellos que delinean hechos internos que se sitúan en el dominio subjetivo del agente, tales como el engaño o las motivaciones.

Las proposiciones fácticas simbolizan lingüísticamente sucesos históricos, que mantienen una vinculación con los cargos, si la acción del agente se caracteriza por su naturaleza objetiva y subjetiva, o si se evidencia alguna justificación. Desde una perspectiva molecular todos los hechos de naturaleza penal tendrán su respectiva representación en enunciados o lenguaje, y esto determinara la clase de prueba que se utilizará para acreditar la culpabilidad del agente, enfocándose en discernir si este puede comprender si su comportamiento es ilícito, y si entiende, la consecuencia es que debe ser reprimido, por lo que la prueba se concentrará en los hechos asociados con la determinación de la pena, tales por ejemplo antecedentes penales, reincidencia o si las privaciones sociales han influido en su capacidad de tal forma que la sanción sea proporcional al delito. El hecho ilícito también genera consecuencias civiles por lo que se debe comprobar el nexo causal de la conducta del agente con el ilícito y el daño causado, además acreditar el factor de atribución, dolo o negligencia, para determinar si hay o no perjuicios patrimoniales o morales en la víctima.

4.Lo que no son objeto de prueba

Las máximas de experiencia o sentido común, las leyes de la ciencia, el derecho positivo interno vigente, lo que tiene la calidad de res iudicata o cosa juzgada, lo que es imposible de probar, y lo notorio. Si bien desarrollaremos estos tópicos ampliamente en la tesis, veamos brevemente su significado.

a) Máximas de la experiencia

Se trata de respuestas generales que los individuos proporcionan ante situaciones específicas de la realidad. En la doctrina (Palacio, 2000), se sostiene que las máximas de experiencia comprenden principios generales derivados de la observación de fenómenos físicos o del comportamiento cotidiano de los individuos. Estos principios sirven como fundamento para establecer una presunción o para realizar la evaluación de la prueba, actuando por ende como normas orientadas a esclarecer el significado jurídico de la conducta. (p. 21) Son generalizaciones de sucesos repetitivos pero que tienen una limitación en que no son categóricas, pero pueden funcionar como premisas en el razonamiento probatorio que es principalmente inductivo.

Baytelman (2004) Exhibe ejemplos para una comprensión más profunda de dichas máximas derivadas de la experiencia: Un testigo asegura que permaneció de pie, observando meticulosamente cómo un individuo ejecutaba disparos al interior del bar en el que se encontraba. Otro sostiene que, durante el impacto del vehículo con el que se colisionó violentamente, pudo identificar el número de su patente. Una adolescente de ocho años sostiene que su tío la "abusó sexualmente haciendo tocamientos en sus labios vaginales". (p. 233) Como lo advierte el autor citado, y que nosotros compartimos, esta respuesta no se da cuando se contrasta con la realidad porque cuando una persona está ante un ataque con arma de fuego usualmente busca protegerse y la persona cuyo vehículo es chocado por otro auto no tiene el interés inmediato de memorizar la placa, o el caso de la niña que narra con un lenguaje de personas con mayor conocimiento. No es usual, aunque no imposible en tanto las máximas pueden tener márgenes de error.

Pueden darse excepciones en estas reglas de la experiencia de todas por lo que hay que ser minuciosos de advertir la existencia de causas que podrían cambiar esta generalización, y lo graficamos con este ejemplo. Si hay una copiosa lluvia, ¿Cuál es la respuesta de la gente? Se dirá que buscan donde evitar mojarse

y protegerse más, si estamos ante un clima tropical y bastante caluroso algunas personas se verán tentados a darse un baño, por lo que hay que ser prudentes. También la idiosincrasia, las costumbres o valores culturales deben ser considerados en la identificación de reglas del sentido común.

Taruffo (2008) dice que un tema relevante que sigue generando dudas es si la experiencia cotidiana de la gente es idónea para formular inductivamente generalizaciones con forma lógica y de un contenido epistemológico comprable con las leyes de la ciencia o la técnica. (p. 268) y en esta parte solo exponemos su descripción como regla del razonamiento probatorio y ya lo veremos en este trabajo desde la óptica de la epistemología.

b) Las leyes naturales

Estas ya han sido objeto de verificación o falsación en su propio ámbito por lo que no es admisible que, en un procedimiento penal, con expertos jurídicos, pero no científicos se pretenda cuestionar a estas leyes las que por su alto grado de generalización funcionan como premisas en el razonamiento probatorio. La ley de la gravedad, la teoria de la relatividad que se mantienen vigentes hasta que no se modifique los paradigmas científicos tienen un valor a priori. Las leyes de las ciencias físicas que se aplican a colisiones, o la balística. La biología en los casos de investigación criminalística con las pruebas de ADN son el fundamento para la actividad de los peritos que proporcionarán sus informes en juicio con su saber especializado.

c) La norma jurídica interna vigente

La presencia de una norma se relaciona más con un asunto de interpretación que con un objeto de evidencia. La norma jurídica se define como un enunciado que opera como premisa para la resolución de un caso específico. Las regulaciones son de carácter público y entran en vigor al día siguiente de su publicación, y el magistrado tiene la obligación de divulgar la legislación.

d) Aquello que es objeto de cosa juzgada

Los hechos resueltos en un procedimiento penal que poseen la condición de cosa juzgada no pueden ser objeto de prueba en un proceso judicial posterior. Por

ejemplo, si un individuo ha sido declarado inocente para la ley, su responsabilidad penal no puede ser objeto de discusión nuevamente.

e) Lo imposible

Se refiere a un enunciado fáctico que no puede ser corroborado o contrastado con la realidad, similar a una especie de quimera.

f) Lo notorio

Se refiere a los conocimientos que gestionan la cotidianidad de la población. Se reconoce en la doctrina que los hechos notorios están exentos de comprobación, dado que el conocimiento de estos forma parte de la cultura normal inherente a un círculo social específico durante el momento de la decisión. (Palacio, 2000, p.20) Por ejemplo, verificar la actual administración de Perú o identificar a un expresidente que falleció en 2024.

Calamandrei (Fairén, 1992, p. 399) sostiene que para que un hecho sea considerado notorio en términos propios, no basta con que sea conocido por la mayoría de los ciudadanos durante el tiempo y el lugar de la decisión. Argumenta que no es el conocimiento efectivo el que genera notoriedad, sino la normalidad de este conocimiento en el tipo medio de individuo, perteneciente a un cierto estrato social y por ende dotado de una cultura específica. Se catalogan como notorios aquellos acontecimientos que integran la cultura normal de un círculo social específico en el momento de la toma de la decisión.

5. La clasificación de la prueba

Dentro del marco doctrinal, al clasificar la prueba, el jurista San Martín (2001, p. 599) postula que los elementos de prueba son los datos objetivos que deben ser transferidos al procedimiento penal mediante los medios de prueba. Los elementos de prueba se conceptualizan también como fuentes de prueba, entendidos como todos aquellos datos que, independientemente del proceso, se integran en este mediante los diversos medios de prueba. Como sostiene Carnelutti (Cafferata, 2000) estos se constituyen por la actividad del juez que persigue la veracidad del hecho a corroborar, mientras que la fuente de prueba es el hecho que se utiliza para inferir la propia verdad. Vélez Mariconde sostiene que el elemento de prueba se refiere a todo dato objetivo que se integra legalmente en el procedimiento, con

la capacidad de generar un entendimiento certero y probable acerca de los extremos de la imputación delictiva. (p. 16)

Palacio (2000) sostiene que las fuentes de prueba se refieren a las circunstancias o características de la cosa inspeccionada por el magistrado, la materialidad del documento o hecho consignado en él, o el hecho declarado por la parte, el testigo o informante, o aquel sobre el cual se realiza la prueba pericial. (p. 22) En otras palabras, la información objetiva que será integrada en el procedimiento penal.

Sentís Melendo (Meneses, 2008) argumentó que las fuentes de prueba "son los elementos que existen en la realidad", mientras que los medios "están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso" y que el medio "nacerá y se formará en el proceso". En consecuencia, la fuente se define como "lo sustancial y material", mientras que el medio se define como "lo adjetivo y formal". (p. 7) En realidad desde una óptica epistemológica ambas son pruebas, sino que la fuente no está incorporada al proceso, y los medios son las fórmulas jurídicas para ingresar la fuente al proceso, y en realidad lo que se ingresa en general es información.

Montero Aroca (Meneses, 2008) sostiene una perspectiva similar, postulando que la respuesta a la interrogante sobre los medios de prueba obliga a una diferenciación conceptual entre la fuente que es lo que existe en el mundo y el medio que la forma como se incorpora información dirigido a la convicción del juez y que el medio probatorio es principalmente el acto procedimental que permite introducir la fuente al proceso (p. 7) Pablo Talavera (2009) estima que fuentes y elementos probatorios son igual (p. 71). En el CPP se usa el concepto de elemento de prueba; en el Art. 67.1 que regula las funciones de la PNP señala que debe reunir y asegurar los elementos de prueba que sirva para la aplicación del derecho punitivo. Las reglas para identificar el peligro procesal en el Art. 270.1 donde se evalúa que el imputado puede eliminar, cambiar, esconder, suprimir o falsear elementos probatorios. Es una causal de archivo de la causa cuando la fiscalía considera que no se puede introducir al proceso más elementos de prueba en el Art. 352.4. Las solicitudes de modificación de pena en el Art. 491.2 faculta al magistrado que de oficio ingrese elementos de prueba nuevos. También los actos

de colaboración judicial internacional previsto en el Art. 511.1.f. se realizan para facilitar traslado de información y de elementos de prueba. Un efecto de la extradición es el de entregar elementos de prueba previsto en el Art. 520.5. El Art. 521.3 establece la pauta de cerciorarse que se han adjuntado elementos de prueba a la petición de extradición En el Art. 159 del CPP que regula la prueba ilícita también se menciona las fuentes de prueba. (PDF 73)

La utilización de diversos términos nos obliga a aclarar si son lo mismo o son distintos. Lingüísticamente podemos decir que fuente es el inicio de algún fenómeno y puede ser información o datos. En delito contra la fe pública, el documento sería la fuente y la firma falsificada el dato. El testigo es la fuente, y el testimonio es la información que da sobre las acciones delictivas. Se sostendrá que el órgano de prueba personal no es fuente sino medio probatorio. La distinción radica que siendo la misma persona que brinda testimonio, y lo señalamos como fuente entonces estamos asumiendo que está en una posición externa al proceso y al ser incorporado dentro del proceso sufre una metamorfosis y se transforma en medio probatorio, y que, al manifestarse en el juzgamiento, transfiere datos que son recepcionados por los magistrados. PDF

En la idea de estandarizar los términos y hacer que corresponda en las reglas lingüísticas, es de destacar que lo que se encuentra relacionado a la fuente probatoria es información y que sin importar su valor jurídico, será incorporada al proceso con los medios de demostración. Igualar la fuente de información con los datos no es aceptable pues implica una confusión entre el continente y el contenido. La fuente como locución se define (Meneses, 2008), como fundamento, principio u origen de algo y es información que sirve al investigador. Etimológicamente la palabra se deriva de "fontem", "fons", y se refiere a aquello que constituye un hito de origen desde el que se expresa algo (p. 13). ¿Qué se deriva de la fuente de evidencia? Pues los datos, o información, que serán ingresados al procedimiento judicial mediante los medios probatorios. Los elementos son entidades materiales y representan una fracción de la realidad y que es necesario aceptar al aludir a elementos probatorios, como evidencia de realidades que requieren confirmación en el procedimiento judicial. El elemento de prueba se encuentra en la fuente de prueba, dado que la entidad o representación de la realidad debe

derivarse de algo, que es la fuente de prueba. Esta opción es cercana a la hermenéutica gramatical y filosófica.

6. Medios de prueba

Como la prueba es polisémica a veces hay confusión conceptual entre medios de prueba y prueba propiamente. La referencia a medios probatorios implica que se es la prueba en sí, incorporada en el procedimiento judicial habiendo sido ofrecida previamente, y filtrada con las reglas de relevancia y legalidad.

Clariá Olmedo (San Martín, 2001) sostiene que el medio probatorio es un ritual procedimental con el fin de colocar el hecho objeto de demostración al alcance del magistrado. Comprende formulaciones jurídicas que permiten que el descubrimiento de la verdad se haga de forma eficaz y es el nexo entre el hecho a demostrarse y el saber que el magistrado obtendrá (p. 601). Propone la siguiente clasificación:

- Medios de prueba personales, como los testigos o víctimas que y comprende a sujetos o personas que surten de conocimiento sobre los hechos que son materia de comprobación y con un mecanismo que intermedia entre el juez y el referido objeto y el juez. La información que proveen pueden haberlo adquirido imprevistamente como es el caso de los testigos, o por orden judicial como los testigos expertos o peritos. Es de precisar que el acusado también puede brindar datos en el juzgamiento, y en realidad toda aquella persona que de información relevante y pertinente la imputación debe ser tomado en cuenta.

- Medios probatorios reales que son medios que tienen que ver sobre, instrumentos o cosas vinculadas la realizacion del crimen o son ganancias de este.

Jeremías Bentham (1835) había establecido esa clasificación de medios probatorios considerando que la prueba personal es que proviene de un ser humano y se le denomina testifical y la real es la que se infiere de lo material (p. 49-50) Esta doctrina se ha mantenido vigente hasta estos tiempos a partir de la separación de información que proviene de los sujetos y de las que se originan de las cosas.

7. Momentos de la actividad probatoria

En la perspectiva de Clariá (1996) la diferencia se manifiesta en los actos de introducción de los medios probatorios con la actividad evaluativa de la prueba, considerando al primero como la oportunidad práctica la segunda la crítica. Las fases se fragmentan en otras más pequeñas, dirigidos por la regla de indagación completa. (p. 306) No en cualquier momento se puede presentar medios de pruebas. Aquí opera la preclusión o eventualidad tal como se reconoce en la jurisprudencia constitucional como la STC Exp. N° 6712-2005-HC y significa que el procedimiento fija el momento para ofrecer medios probatorios y que si no se presentan ya no podrá calificarse la oferta por ser extemporánea.

El periodo introductorio tiende a poner de manera definitiva en el proceso los elementos de convicción que necesitarán ser valorados. El proceso se inicia con el intento de introducción o iniciativa probatoria, el cual, en caso de ser iniciativa de las partes, se identifica por la proposición de medios probatorios durante el sumario y por el ofertorio de pruebas en el escenario judicial. Las partes involucradas emplean mecanismos probatorios que buscan salvaguardar el interés que suelen proteger. Este interés se asocia con la teoría del caso que se pretende evidenciar en el proceso judicial.

La recepción de la prueba (Palacio, 2000) se relaciona con la idoneidad legal del medio probatorio ofertado o dispuesto para practicarla, o con la oportunidad de que estas se alleguen al proceso (p. 30) La admisibilidad significa un control de legalidad de aspectos formales que deben considera los sujetos procesales cuando ofrecen los medios y son los filtros de relevancia, idoneidad y utilidad.

8. Requisitos de los medios de prueba

El artículo 352.5 a) del CPP establece, como requisitos de la solicitud probatoria, que contenga la especificación del probable aporte a adquirir para el mejor entendimiento del caso; y el artículo 352.5 b) exige que el acto probatorio propuesto sea relevante, idóneo y que no sea redundante.

Pertinencia. Que tenga vinculación con los hechos a demostrar. Lo que busque probar otro que no tiene relación es impertinente por lo que se debe

rechazar en la admisión. Si estamos frente a un ultraje sexual de una mujer, el acreditar que ya había tenido relaciones íntimas antes del ataque debe estimarse como inconexo Es pertinente el hecho de la agresión y lo que debe verificarse por lo que solo el medio probatorio referido a esto es lo pertinente (Clariá, 1996, p. 310) También debemos señalar que se usa el concepto de relevancia como aquella prueba que pueda cambiar el estatus epistémico de una hipótesis y corroborar su existencia.

El máximo intérprete de la constitución en la STC N° 6712-2005-HC, sostiene que la pertinencia, como una exigencia de la admisión probatoria obliga a que el medio de confirmación tenga una conexión directa o indirecta con la hipótesis a verificar dentro del juzgamiento.

Conducencia. Si bien el semánticamente este término alude a la conducción, a una guía hacia algo, este no es el sentido jurídico pues se estima que la prueba tiene aptitud legal para generar un efecto por lo que guarda relación con la legalidad de los medios probatorios.

Es evaluar que el medio de prueba ofrecido es legalmente idóneo para confirmar una proposición fáctico de allí que sea una cuestión juridica. El solicitar (Talavera, 2009) la versión de un agregado consular en audiencia no es legal, pues la norma establece que por la inmunidad diplomática que protege al funcionario de otro país, solo es posible remitir un pliego de preguntas por escrito o la confrontación de entre una menor de edad ultrajada sexualmente con el victimario (p. 57). En aplicación del principio de libertad probatoria es posible presumir que todos los medios de prueba ofrecidos y admitidos son pertinentes más todavía el juez puede someter a control de legalidad la oferta probatoria.

En la jurisprudencia del STC N° 6712-2005-HC se señala el legislador puede crear normas que determinen la obligación de que los enunciados sobre hechos deban ser acreditados por cualquier medio de prueba y será no apato o inconducente el medio de prueba que no sea apto para ser usado en una especifica vía procedimental o prohibido para confirmar un hecho objeto de demostración.

Utilidad. La solicitud del medio probatorio debe precisar cuál es la probable contribución para saber mejor sobre los sucesos objeto de demostración y que la doctrina identifica como utilidad. La importancia se expresa como la utilidad de la

información que se va a conseguir. Contrario a la utilidad es la redundancia o repetición de los medios de prueba sobre un mismo hecho, pues se puede convertir aun siendo pertinente en irrelevante (Clariá, 1996) y no alcanza la calidad como para que se le considere dentro del acervo probatorio. (p. 310) En la STC Exp. N° 6712-2005-HC se señala que la utilidad se manifiesta cuando el medio probatorio ayuda a conocer la verdad aproximada y es inútil cuando no cumple ese cometido o son pruebas superfluas.

En fase intermedia el juez que conduce esa fase con los filtros de pertinencia, conducencia y utilidad, dispone lo necesario para que el medio probatorio admitido sea actuado en su momento en el juicio. Los ofertantes en el caso de un testimonio o un peritaje tienen el deber de indicar cual es el tema que debe ser objeto de las preguntas y describir la cuestión que necesita una ilustración especializada.

9. Convenciones probatorias como formas de simplificación procesal.

Este concepto procesal se halla en el ámbito del derecho comparado. El Artículo 275 del Código Procesal Penal de Chile establece que los hechos no controvertidos constituyen parte de las convenciones probatorias. De acuerdo con Baytelman (2004), esta norma estipula que los hechos establecidos en las convenciones probatorias no pueden ser objeto de discusión en el juicio oral, estableciendo un principio sólido de hechos no disputados y minimizando la carga de la prueba (p.233). La convención tiene como objetivo la economía procesal, dado que las partes pactan la verificación de determinados hechos. Sin embargo, también se contempla la posibilidad legal de que los sujetos se alineen en los medios de prueba que se emplearán para evidenciar un hecho.

En el Código Procesal Penal, las partes pueden pactar que un hecho no será objeto de comprobación si ambas partes coinciden en su existencia y este, en el momento de la valoración, deberá considerarse como un hecho notorio, de acuerdo con el artículo 156, inciso 3 del CPP. Esta convención debe ser documentada en un acta. Además, los sujetos procesales pueden convenir en cuáles métodos de prueba se deben emplear para corroborar un hecho específico (Artículo 350, inciso 2).

Estas convenciones no impondrán una vinculación obligatoria al Juez, quien debe justificar las razones para su rechazo. En caso contrario, su decisión de

desestimación no ejercerá ningún impacto. En caso de que esta resolución judicial no pueda ser revocada de acuerdo con el artículo 252 inciso 6 del CPP, ¿cómo se puede conseguir que estas convenciones operen? Postulamos que la petición debe ser reiterada en el juicio oral, permitiendo al juez reconsiderar la resolución del juez de fase intermedia, en consonancia con el ofrecimiento de nueva prueba estipulado en el artículo 373, inciso 2 del ritual procedimental

Una aproximación a esta institución en la jurisprudencia suprema se encuentra en la Casación N° 12-2010, la cual establece que los convenios de los sujetos procesales respecto a ciertos hechos son pactos, cuyo objetivo es eliminar la controversia en torno a los mismos, y el juez ya no efectuará actividad probatoria, considerándolo acreditado. Asimismo, se regulan los acuerdos de las partes en relación con los medios probatorios para evidenciar hechos, limitando la actuación probatoria en el contradictorio únicamente a la aplicación de dichas pruebas. Las convenciones, que se fundamentan en hechos y medios de prueba, coadyuvan en la elección de evidencias que facilitarán la resolución del conflicto penal.

10. Nueva prueba en juicio oral

No culmina la formación de pruebas o elementos de juicio en la etapa intermedia sino también en el juzgamiento. El CPP posee el criterio ordinario que los medios de prueba se agregan en la etapa intermedia, con la introducción del requerimiento acusatorio y la presentación de cualquier parte procesal de sus mociones y su ofertorio probatorio (Art. 373). Luego de finalizar el procedimiento de conclusión anticipada al rechazar el acusado declararse culpable, como excepción a la regla que la prueba se tamiza en fase intermedia, el CPP ha previsto que las partes puedan solicitar la aceptación por parte del magistrado de juicio, nuevos medios probatorios con el necesario requisito que la parte interesada ha conocido de su existencia después de concluido el control del requerimiento acusatorio. Por ese motivo es que se le califica como nueva prueba y que el ofertante debe acreditar como un requisito para su aceptación, con las otras reglas ya conocidas. El magistrado puede aceptarlos, si se cumplen estos criterios, para su actuación en el juzgamiento. Además, los sujetos procesales tienen la garantía de que el Juez vuelva a analizar la decisión por la que se rechazaron los medios probatorios ofrecidos en la fase intermedia siempre que el peticionante traiga una

argumentación distinta, esto es, que, si se rechazó por impertinente, la parte que pide el reexamen deberá persuadir al juez porque la prueba sí es relevante con nuevas razones. El juez en decisión inimpugnable acepta o rechaza la solicitud.

Con relación a la reevaluación de medios de prueba rechazados es necesario considerar los argumentos de la Casación N° 10-2007 en la que se analizaron las razones del apelante quien señaló que en el juicio oral fue solicitado un testigo cuando se había denegado el ofrecimiento de su declaración previa escrita, en un hecho contra el patrimonio donde existió una sentencia condenatoria. El alto tribunal se pronunció respecto a esa oferta de prueba documental indicando que para la admisión de una declaración previa de un testigo para ser leída en juicio se debe fundamentar en una urgencia y excepcionalidad, por lo que, si no se cumplen estas, es necesario que el órgano de prueba personal se presente en el juicio para brindar su testimonio directamente y ser preguntado por las partes.

En esta sentencia del alto tribunal se describe el hecho que se había rechazado en etapa intermedia al fiscal, el acta que documentaba el testimonio de un testigo, por lo que en vía de reexamen el fiscal solicitó a los jueces de juicio la presencia del testigo en el juzgamiento para que declare. La Corte Suprema estimó que conforme al Art. 372.2 del CPP fuel legal la aceptación de que el testigo sea admitido para juicio *y* por la necesidad del esclarecimiento de la imputación y preconizando que se debe superar interpretaciones literales de la ley, siempre que no se afecte garantías y derechos de los sujetos procesales. Según la Corte Suprema, el testigo en juicio fue interrogado por los intervinientes y que nadie cuestión la petición de su participación y que se cumplieron las reglas del debido proceso y las que sustentan el juicio oral, sin vulneración alguna de las garantías del imputado.

Nuestra opinión es que, si bien el alto tribunal indica que debe superarle una interpretación formalista del CPP, estimamos que hay límites que deben respetarse. Con este juico, la Corte Suprema iguala un acta donde consta la versión escrita del testigo, con el testimonio que debe dar en juicio oral lo que no nos parece lógico, además sustentando en que esa era la intención del Fiscal, incorporar la información sobre hechos de parte del testigo por lo que cabe preguntarse por qué el Ministerio Público no solicitó que el testigo como vox viva declarara

presencialmente en el juicio. La evaluación se realiza en función al medio probatorio ofertado y lo que el Fiscal requirió es que se oralice un acta y, es por esta razón que estimamos que no es coherente apelar a las reglas del Art. 373.2 del CPP. Nos parece un argumento de mayor fuste, el hecho que el acusado no presentó oposición a la actuación, por lo que convalidó un defecto de nulidad relativo.

11. Prueba Indiciaria

Se trata de la prueba también conocida como prueba indirecta, circunstancial, conjetural o de presunciones. La inferencia se realiza a partir del indicio, cuya etimología se deriva del latín indicium. De acuerdo con la definición proporcionada por la Real Academia, el indicio se refiere al fenómeno que posibilita la identificación o inferencia de la presencia de otro dato no detectado.

En la identificación de la verdad en el procedimiento penal, no siempre es viable recurrir a la prueba directa. Por consiguiente, la jurisprudencia española define la prueba de indicios (Zaragoza, 2006) como aquella que, mediante la evidencia de los "hechos base" o indicios, facilita la inferencia de la ejecución del acto delictivo y/o la implicación en el mismo, denominado "hecho consecuencia", estableciendo un vínculo preciso entre estos y el hecho en cuestión. (p. 222) Desde la perspectiva de la lógica proposicional, el enlace al que se alude opera como una premisa mayor, que podría ser una regla derivada de la deducción o inducción, una ley natural o una máxima derivada de experiencia.

El Tribunal Supremo en lo Penal de España sostiene que la prueba indiciaria es aceptada para debilitar la presunción de inocencia. Sin embargo, debe cumplir con ciertos criterios estipulados en la sentencia 220/2008 del 28 de mayo de 2008: que el razonamiento se fundamente en elementos de hecho y que dichos indicios sean múltiples; que estén corroborados; que se vinculen entre sí; y que el juicio de inferencia pueda ser considerado razonable conforme a las normas de la lógica, de tal manera que aparezca como la conclusión adecuada al razonamiento previo y que la sentencia lo exprese.

La evidencia indiciaria cumple con criterios que deben ser atendidos por los magistrados. Una característica distintiva de este método de prueba es que su objetivo no es explícitamente el hecho constitutivo del delito, sino otro hecho

intermedio o indicio que facilita la identificación del primero mediante una inferencia fundamentada en la relación causal y lógica existente entre los hechos corroborados y los que se pretenden verificar.

a. Prueba indiciaria sobre hechos internos

Una de las dificultades afrontadas por la doctrina procesal penal es la manera de evidenciar hechos internos, tales como el dolo o las motivaciones, para aplicar una sanción al agente responsable. Jeremías Bentham (1835) se había planteado la prueba de los hechos psicológicos, y que no pueden probarse sino por hechos físicos y en un delito pueden probarse por los discursos del sujeto o sus precauciones para tomar la huida o para ocultar el objeto robado (p. 27). El hecho psicológico es el aspecto subjetivo que forma parte del fuero interno del agente. Desde siempre ha generado problemas la prueba de la intención delictiva del infractor.

Se dice que el dolo requiere por lo menos un conocimiento de parte del acusado de lo que hizo, y Hassemer, (Jaén, 2000) refiere que con la prueba circunstancial hay que revelar lo que la persona guarda en secreto (p. 108). No es improbable conseguir evidencia directa como la confesión de una persona de sus motivos para haber cometido el delito o de personas que sin querer le escucharon sobre sus intenciones criminales, pero, cuando no hay esta prueba se usa aquella que permite inferencialmente ir de un hecho conocido a uno desconocido y estamos entonces ante la prueba conjetural. Palacio (2000) afirma que la revelación de los elementos del tipo subjetivo nos trae problemas por su complejidad y que puede hacerse con el imputado por medio de la reconstrucción de su propia vida psíquica debiendo el magistrado asistirse por un perito que sea especialista en la lectura de las intenciones detrás de la mente en reo p.19). En conclusión, hay dos formas para la acreditación del dolo como elemento subjetivo del delito, y puede ser la demostración directa o la circunstancial.

En la prueba del dolo, Jaén (2000) se adhiere a la posición del Tribunal Supremo Español que, en la Sentencia del caso del aceite de colza, de 23 de abril de 1992 fija como doctrina que cuando no existe prueba directa del dolo debe usarse la prueba circunstancial para conocer el estado espiritual del acusado (p. 14) Entonces es posible concluir que el método probatorio de mayor ejercicio es

cuando se busca verificar el tipo subjetivo del agente y la premisa debe ser a partir de los hechos indirectos debidamente demostrados.

Respecto del dolo eventual (Jaén, 2000) en una hecho imputado donde el inferior en grado había concluido solo hubo negligencia en el resultado lesivo que fue el fallecimiento de la víctima el Tribunal Supremo señalo a contrario que actuará dolosamente el agente que haya sabido del peligro concreto derivado de su conducta para los bienes jurídicos y que si conocía del veneno en el aceite y de la posibilidad concreta este líquido oleaginoso fuera vendido en el mercado de bienes con efectos mortales para las personas, es posible afirmar que existió dolo eventual pues pudo representarse el resultados (p. 14) Este razonamiento de la alta corte española tiene sindéresis con la forma como la doctrina concibe el dolo eventual que se presenta cuando el agente con los datos disponibles y que conoce puede inferir que si estos se dan puede suceder un resultado lesivo. Como cuando un conductor cuando a conciencia se pasa la luz roja del semáforo asume un riesgo imprudente, pues es probable que cause un accidente.

12. Prueba preconstituida

El profesor Gimeno Sendra **(**2011) refiere que es una prueba documental que el procedimiento español puede efectuar el juez de instrucción, la policía y la fiscalía sobre hechos que no se repetirán y que por medio de prueba ordinarios no pueden ser ingresados al juzgamiento. Tiene como finalidad asegurar hechos y se actúa mediante su oralización en el juicio (p. 201) Como es el sistema español, es el juez quien puede participar en la diligencia que se documenta un acto irrepetible, a diferencia del caso peruano donde no interviene, pero si la policía y el fiscal.

Hernández Gil afirma que es la prueba realizada antes del procesamiento penal (San Martin, 2001) y la misma fase de investigación, practicada observando derechos y garantías procesales y en razón que sea difícil su repetición en el proceso (p. 589) Antes del inicio formal se tiene que al documentar en acta hechos irrepetibles deben realizarse con las debidas garantías, y esto también aplica en la investigación formalizada.

Talavera (2009) reproduce la concepción de Hernández en el sentido que se practica antes o durante la investigación formal siempre respetando el debido proceso y con el fin de tener latente la disposición de las fuentes de información (p.

72) Tenemos que ratificar que por disposiciones legales la prueba preconstituida se ingresa dando lectura al contenido de las actas que confeccionaron los agentes y que es una reproducción escrita del hecho de naturaleza delictiva, como por ejemplo un acta de registro personal en el que se detalla las circunstancias en las que se encontró en poder del intervenido un arma de fuego sin contar con licencia para portar.

El artículo 325 del Código Procesal Penal hace referencia a las pruebas preconstituidas, estableciendo que los efectos de la sentencia se consideran como acto de evidencia las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral está autorizada por el Código Procesal Penal. El artículo 383 del CPP estipula que las actas levantadas por la policía, el Fiscal o el juez de la investigación preparatoria, que contengan diligencias objetivas e irreproducibles, es decir, pruebas preconstituidas, serán incorporadas al juicio para su lectura como prueba documental. Estas actas incluyen detenciones, reconocimientos, registros, inspecciones, revisión, pesaje, hallazgos, incautaciones y allanamientos.

La eficacia de las pruebas preconstituidas se reconoce en el proceso especial por colaboración aun cuando el acuerdo entre aspirante es rechazado por el fiscal o si hay convenio en el control de legalidad el magistrado competente no lo aprueba. El CPP (Art. 481.2) respecto de los testimonios vertidos en fase de confirmación, los informes, los documentos, las pericias, informes y en general todo lo que es irrepetible podrán ser valorados en distintos procesos siempre que sean relevantes para verificar hechos.

13. Prueba prohibida

Una prueba es delictiva (Falcón, 2003) debido a que, en su obtención, su ofrecimiento o su actuación y las consecuencias de la sentencia colisiona con las normas jurídicas o van en contra del saber científico. (p. 770) En otras palabras, su ilicitud deviene de la manera como se extrae información como la coacción de un imputado para lograr una presunta confesión o el falsificar una prueba documental, o alterar dolosamente las conclusiones de un peritaje, lesionando derechos fundamentales de la parte afectada.

Se han dado pronunciamientos por del TC como la STC N° 6712-2005-HC en la que se señala que por el principio de licitud no se pueden aceptar para su incorporación al proceso de pruebas que se ha extraído en contra de las normas que componen el orden jurídico, y que al contaminar el proceso con su ilegalidad autoriza que se las excluya por ser la repudiada prueba prohibida.

En el CPP (Art. 159) respecto de la prueba obtenida ilícitamente dispone que el magistrado, que tiene facultades de control constitucional y garante del debido proceso, no pueda emplear bajo ninguna forma los medios probatorios o fuentes que han sido adquiridos con quebrantamiento del denominado núcleo duro de las garantías y derechos constitucionales de las personas.

13.1. Regla de exclusión

Esta regla (Falcón, 2003) que tiene su origen en el common law dispone que las evidencias que se han extraído vulnerando el conjunto de garantías la Constitución estadounidense no pueden ser utilizadas en el proceso y que bajo la cuarta enmienda debe ser expulsada del juicio enmienda (p. 773) Esta regla que rechaza las pruebas ilícitas también ha sido recogida con bastante claridad en el proceso nacional que excluye incluso las pruebas derivadas de las ilegales.

La regla excluyente tuvo su fundamento en el mensaje a la policía, que ha sido la fuente en general de estas adquisiciones probatorias ilegales y la respectiva sanción a los agentes a fin de no cometieran esos actos condenables, sin embargo, frente a la exclusión, (Falcón, 2003) se construyeron excepciones a efectos de validar las informaciones originadas en las pruebas ilegales, siendo una de estas la de buena fe que establece que si agentes policiales recolectan evidencia erróneamente creyendo erróneamente que están actuando dentro la legalidad los datos obtenidos no deben ser eliminados (p. 770. Se examina el comportamiento de los agentes que obtienen información con la idea que tienen una autorización legal, y lo hacen de forma razonable, y hay que ser claro que en esto pesa mucho la calidad de prueba encontrada y que debe ser preponderante para la determinación del hecho delictivo, por ejemplo oficiales que tienen una orden de allanamiento en un domicilio, pero por confusión en la dirección ingresan a un inmueble distinto y se encuentran con el cadáver de una persona asesinada o una cantidad importante de narcóticos.

La evidencia derivada de una prueba ilícita también queda teñida de esa ilegalidad o contaminada, lo que se conoce en la doctrina jurisprudencial norteamericana como la teoría del árbol letal (Falcón, 2003) que afirma que cuando el medio probatorio es el resultado de actos de investigación ilícitos, es inaceptable como medio probatorio en su origen, aunque la información derivada de esta fuente si lo sea (p. 774). Bajo esta óptica la prueba ilegal que contamina la información que se derive directamente de ella en forma dependiente, la primera no es admisible para ser actuada y valorada en el juicio.

Una excepción a la exclusión es la regla de derivación restrictiva (Falcón, 2003) que señala que cuando por una vía independiente de la evidencia ilícita se acredita que se pudo llegar a obtener la misma información, los datos extraídos ilegalmente pueden ser considerados para adoptar decisiones (p. 789). En este criterio de exclusión el juez debe evaluar que si con otro camino fuera de lo ilegal los investigadores iban a llegar a lo mismo, o iban a descubrir inevitablemente el hecho. Si esto se prueba, entonces se valida la manera ilegal como se recabó la información.

La audiencia de tutela de derechos del imputado, que tiene su fundamento legal en el artículo 71.4 del CPP fue examinada por la Corte Suprema que dictó el Acuerdo Plenario Nº 4-2010 y señaló que la audiencia tiene el fin de tutelar al imputado respecto de sus garantías y derechos constitucionales de tal forma qu si se acredita alguna afectación el magistrado debe dictar medidas de corrección. El origen de las infracciones a sus derechos puede ser de la fiscalía o de las fuerzas del orden. Se le reconoce a este procedimiento de tutela su carácter subsidiario si es que la protección de derechos no tiene una vía para cautelarlos. Cuando hay una solicitud del afectado para que se garanticen sus derechos presuntamente afectados, el magistrado tiene el deber de convocar a una sesión de audiencia, pero si el perjuicio es irreparable y existe la necesidad de tutela urgente, de manera excepcional el juez prescinde de la convocatoria y debe decidir sobre la petición de directamente. Puede existir la posibilidad que la defensa use este mecanismo como una forma obstructiva o dilatoria, en una suerte de abuso de derecho, actuando con falta de probidad, el magistrado pude rechazar de plano la petición, pues el juez tiene potestad disciplinaria para poder sancionar a los abogados que actúan maliciosamente.

En esta decisión de la Corte Suprema toma en cuenta que en las instancias inferiores había pronunciamientos contrarios a que en una audiencia de protección de derechos se resuelva expulsar la prueba ilegal como en el auto del Tribunal de Apelaciones de Moquegua del 20 de junio de 2008 Exp. N° 00017-2008-15 (Espinoza, 2009) que argumentó que, si una parte recolecta información con vulneración del núcleo principal de los derechos constitucionales, la oportunidad para solicitar la exclusión de prueba ilícita no debe ser la etapa preparatoria sino la intermedia o el juicio oral, y en esa línea de raciocinio, el pedido de tutela debe rechazarse. (p. 52) somos de la opinión que la posibilidad de expulsión de prueba ilegal puede hacerse en cualquier fase procedimental, pues lleva implícita una nulidad absoluta.

La posibilidad de presentar un requerimiento de expulsión de la prueba ilegal en la audiencia de protección de derechos del imputado provocó en su momento posiciones encontradas en la jurisprudencia penal. Los jueces supremos en el Acuerdo Plenario N° 4-2010 ha establecido que, si es posible debatir la exclusión, y si la parte afectada demuestra que hay una prueba ilícita que contamina el proceso, y le afecta, el magistrado puede decidir su eliminación. El sustento del criterio jurídico es que en la tutela de derechos autoriza retirar pruebas que se han obtenido ilegalmente, y siempre que no haya un mecanismo diferente que permita también discutir la probable afectación del catálogo de derechos descritos en el artículo 71 del CPP. Si bien la Corte Suprema tampoco dispone que se expulse prueba ilícita en esta audiencia, en el entendido que los derechos de tutela no deben estimarse como un listado cerrado, y nos ratificamos que si se detecta la ilicitud de forma manifiesta la prueba ilícita de excluirse en cualquier etapa procedimental como una forma de corrección.

La viabilidad de este cuestionamiento del medio de prueba cuando se encuentra en una fase intermedia de control de acusación permitirá también examinar el ofrecimiento. En este contexto, también se presenta la posibilidad de que el magistrado excluya evidencias con defectos de ilegalidad, declarándolas inadmisibles.

Es importante entender que el marco del debido proceso, la defensa del imputado puede poner en cuestión actos de indagación que se practican de forma

ilícita y que posteriormente los datos ilícitamente recolectados, y ofensivo para los derechos constitucionales sean empleados por el fiscal para sustentar un requerimiento acusatorio. No es necesario esperar que se arribe a la fase intermedia o juzgamiento si es que antes se puede evitar que se mantenga ese acto ilícito, de allí que estimamos que tiene justificación constitucional la medida correctiva de expulsión de prueba ilícita.

Es conocido que legalmente no se puede obligar al investigado que demuestre su inocencia pues tiene esa presunción que le favorece, y que las pruebas de cargo corresponden a la fiscalía, no hay prohibición para que la defensa pueda contradecir las pruebas que se usará para demostrar hechos, si es que aquellas han sido obtenidas de manera criminal, por fiscalía o policía.

14. Contaminación de las fuentes de prueba

Un fiscal o un oficial de policía, en el contexto de un homicidio, que recolectan la evidencia, incluyendo un cuchillo sin la debida diligencia o precauciones pueden impregnarlo con sus huellas dactilares. Al efectuar una evaluación dactiloscópica, se identificarán las huellas del presunto autor, así como las que fueron recolectadas sin la debida diligencia. Ello implica que se han contaminado estas fuentes que podrían haber sido beneficiosas para los propósitos de la investigación.

Es la criminalística la disciplina (Coria, 2008) que permite que en la recolección de evidencia en la que se aplica los métodos, técnicas que se usan en el campo de las ciencias naturales en la evaluación del material relacionado con un hecho delictuoso con el objetivo de establecer si ha existido o reconstruirlo, derivando de allí la posible participación de uno o varios presuntos delincuentes arribando a la certeza histórica del hecho (p. 1) En la averiguación del delito la unión del derecho penal, procesal y la criminalística cuando el caso lo amerite es indisoluble, siempre en el camino de aplicar la sanción que corresponda o la absolución si es que no hay evidencia de cargo.

Al involucrarse en la investigación bajo la dirección Fiscal, es imperativo garantizar la implementación de las técnicas y procedimientos de la disciplina criminalística. Esto implica que todos los participantes deben estar familiarizados con el comportamiento durante la recopilación de pruebas, dado que puede surgir la posibilidad de que estas sean alteradas o modificadas de tal manera que se

asegure su autenticidad, conforme al artículo 220.5 del CPP. La evidencia puede ser objeto de cuatro modalidades de modificación o alteración:

1. Premeditada. Esta acción fue perpetrada por los autores presuntos o o vinculados familiarmente con las víctimas, o personas con intereses diversos. En este punto, ya estamos frente a la comisión del delito de encubrimiento real, tal como se estipula en el artículo 405 del Código Penal.
2. No deliberadamente. Frecuentemente la contaminación es realizada por miembros de la fuerza pública, los fiscales, personal médico de emergencia, parientes que acuden en auxilio, personal bomberil, reporteros que por una u otra razón ingresan al escenario del delito.
3. Debido a factores naturales como tormentas, aluviones, inundaciones, huaicos, incendios.
4. Por la intervención de investigadores novatos, inexpertos o con poca formación empírica en el abordaje de los hechos presuntamente delictivos.

La configuración de los datos para el juicio, la recepción de la prueba y su evaluación se llevan a cabo dentro de un procedimiento formal basado en reglas establecidas., que como hemos sostenido pueden ser epistémicas o contra epistémicas, por lo que corresponde vincular el derecho procesal al razonamiento probatorio como parte de la formación de los abogados.

CAPITULO IV

LA CONFORMACION DE LOS ELEMENTOS DE JUICIO

1. Generalidades

Una de las etapas de la actividad probatoria consiste en la configuración de los elementos de juicio, o de las pruebas que abarcan el ofrecimiento por las partes implicadas y su admisión por el magistrado.

La etapa de ofrecimiento y admisión de pruebas permiten que se pueda introducir pruebas de calidad para justificar epistémicamente la sentencia. Ferrer (2021) respecto de esta fase sostiene que cuanto más rico sea el conjunto de elementos de juicio del que se disponga para tomar una decisión habrá mayor probabilidad de acierto por lo debe diseñarse un procedimiento epistémico de tal forma que se maximicen las posibilidades de que ingresen al proceso todas y solo las pruebas relevantes. (p. 22) Este es un ámbito poco desarrollado en la doctrina por lo que hay necesidad de precisar conceptualmente los criterios de admisión de prueba relevante al proceso.

Reyes (2020) respecto de las reglas sobre pruebas señala que existe una gran cantidad de reglas jurídicas acerca de la obtención, ofrecimiento, aceptación y desahogo de los medios de prueba, asi como la expulsión procesal de evidencia relevante pero adquirida con afectación de garantías constitucionales. (p. 343) Esto último nos lleva a otro problema respecto de la exclusión de prueba prohibida, y las excepciones que se ha generado a partir de la jurisprudencia norteamericana.

Los criterios para proponer pruebas y para que el juez califique son los mismos, y legalmente son los filtros de pertinencia, conducencia y utilidad sobre los cuales pasaremos a discutir su tratamiento en la doctrina y también si estos tienen contenido epistémico o si al contrario van en contra del conocimiento de la verdad, aun cuando tengan justificación jurídica o valorativa.

La exclusión es el efecto del incumplimiento de los criterios para ofrecerlos, y también como consecuencia de la prueba ilícita u obtenida violando derechos fundamentales.

2. Aspectos conceptuales

Históricamente (Ho, 2021)[4] las reglas de admisibilidad o exclusión fueron el producto del sistema de jurados donde los ciudadanos no capacitados para evaluar la evidencia eran jueces de hecho y surgieron porque se consideró necesario mantener alejados de los jurados inexpertos ciertos tipos de evidencia que puedan inducir a error o ser mal manejadas por ellos como dar demasiado peso a evidencias débiles o que conlleve el riesgo de crear prejuicios injustos en sus mentes. De allí la expresión paternalismo epistémico (párr.40) como un fenómeno que consiste en dar instrucciones a los jurados, fundado en el reconocimiento de las limitaciones de las personas que los conforman, pues hay riesgo que admitan y valoren la prueba en base a creencias que pueden tener elementos de irracionalidad. Esto explica que Mirjan Damaska (2015) se refiera al jurado como una transformación de las ordalías donde la voz de Dios es reemplazada por la voz del pueblo (p. 52) y que representa a la íntima creencia como modelo valorativo de la evidencia.

Se debe aclarar que las reglas (Damaska, 2015) que vedan la utilización de las evidencias obtenidas ilícitamente no son exclusivas del sistema anglosajón del common law pues la idea de negarse a utilizar tales elementos de juicio hizo su aparición por primera vez en el derecho euro continental y fue rápidamente admitida en el sistema procesal inquisitorio del régimen monárquico de Luis XVI o *ancien régime* (p. 30), por lo que es de considerar que las reglas también fueron empleadas en el sistema procesal euro continental hace más de 200 años y que han sido Recepcionadas en los sistemas procesales de Latinoamérica.

El concepto de pertinencia (Ho, 2021) desempeña rol fundamental en la fijación de los supuestos de hechos legales según el jurista norteamericano y profesor de Harvard, James Bradley Thayer (1831-1902) quien define su significado en términos de dos principios fundamentales de la ley de la prueba: primero: nada

[4] Hock Lai Ho jurista de Singapur, formado en Cambridge.

que no sea relevante puede ser recibido como evidencia por el tribunal y, segundo: sujeto a muchas excepciones y calificaciones, todo lo que sea relevante es admisible como evidencia por el tribunal. Ho (2021) considera que la opinión de Thayer ha sido influyente y su idea se encuentra plasmada en la norma número 402 de las Reglas Federales de Prueba estadounidense. Thayer según Ho afirmaba que la relevancia es un concepto "lógico" y no legal (párr.21) Lo que estaba diciendo Thayer es que el criterio que, si bien podía tener un fundamento legal, en el fondo su contenido era lógico y que nosotros interpretamos como de contenido epistémico.

Bentham (Ho, La 2021) fue un fuerte crítico de las reglas excluyentes porque estaba a favor de la "libertad de prueba" entendida como el libre acceso a la información y la ausencia de reglas formales que restrinjan dicho acceso y que la exclusión de la evidencia capaz de arrojar luz sobre la verdad, es perjudicial para este fin por lo que no debe excluirse ninguna prueba pertinente; las únicas excepciones que permitiría son cuando la evidencia es superflua o su producción implicaría demora, gasto o aflicción preponderantes (párr.44) La idea de Bentham de evitar cualquier escollo para la incorporación de la prueba tenía un profundo contenido epistémico pues buscaba arribar a la verdad desbrozando el camino al retirar las exclusiones.

Uno de los filtros que emplea el juez para admitir o rechazar la prueba es la relevancia y el profesor argentino Diego Dei Vecchi (2020a) dice que una evidencia es gnoseológicamente relevante con relación a la proposición *p* si al considerarla modifica en alguna medida el estado de demostración empírica de ese enunciado (p. 55) La idea de la relevancia es que si esta al ser admitida en una proyección del juez, considere que puede demostrar la hipótesis o el enunciado factual.

Los profesores norteamericanos Schum, Anderson y Twining (2015) sostienen que prueba relevante es aquella que tiene la propensión para hacer que la preexistencia de cualquier suceso que sea de importancia para la identificación de la acción permita acercarnos a la demostración de la hipótesis y alejarnos sin esa evidencia. (p. 450) Esta interpretación tiene como objeto de análisis las reglas de evidencia federal estadounidense como la número 401.

Para el jurista español Pérez Bermejo (2022) la relevancia equivale a su apoyo o contribución a la justificación de la hipótesis (p. 94) es decir que es relevante cuando la información que trae permite demostrar la veracidad de la hipótesis formulada.

Dei Vecchi (2020a) dice que la relevancia es un criterio epistémico crucial y que en el derecho procesal se le ha llamado tradicionalmente pertinencia (p. 55) Este es un problema conceptual que se debe precisar puesto que en la legislación procesal nacional se utiliza el criterio de pertinencia.

Ho (2021) por su parte dice que la palabra "pertinente" significa que dos hechos cualesquiera a los que se aplica están tan relacionados entre sí que, de acuerdo con el curso común de los acontecimientos, uno tomado por sí mismo o en relación con otros hechos prueba o hace *probable* la existencia pasada, presente o futura o la inexistencia del otro. (párr.14) La pertinencia en la forma que interpreta Ho, vocablo asumido por nuestra legislación procesal, es la conexión que debe existir entre el medio de prueba con el hecho que pretende demostrar, pero le agrega el otro elemento que es más valorativo, de hacer probable la existencia del hecho objeto de prueba.

Dei Vecchi (2020a) respecto de la pertinencia dice que consiste en el ajuste entre la evidencia y el enunciado a demostrar, es decir que los datos que contienen la prueba se refieren al objeto de demostración. (p. 57) Es la correlación entre las informaciones que trae el medio de prueba con el hecho que se pretende demostrar, y que si bien está asi descrito en nuestra legislación procesal consideramos que interpretarla solo de esa forma es reducir su contenido. En esta línea de razonamiento Ho (2021) dice que sólo podrán aportarse pruebas en procedimientos judiciales para probar un hecho si el hecho es pertinente y que la relevancia es un concepto relacional por lo que ningún hecho es relevante en sí mismo; es relevante solo en relación con otro hecho y que el término "probable" se utiliza a con frecuencia para describir esta relación (párr.13) Es correcto lo que argumenta Ho en el sentido que la relevancia es un concepto relacional, y que solo se entiende por la conexión con el hecho objeto de prueba. La declaración de un testigo por sí mismo, sin relación con otro hecho es irrelevante, por lo que cuando se le presenta para declarar respecto de cómo se cometió un hecho punible, en ese

momento adquirirá esa importancia probatoria necesaria tanto para ofrecerlo como para admitirlo en el proceso.

Ho (2021) manifiesta que existe una segunda definición de pertinencia (relevancia para nosotros) que se encuentra en la Regla Federal de Evidencia 401 estadounidense, la cual postula que la prueba es importante si presenta una potencia para incrementar o disminuir la probabilidad de un hecho en comparación con su ausencia. (párr.15) Coincidente con esta regla Pérez (2022) sostiene que la relevancia depende de su capacidad para reconstruir los hechos del caso y, de ese modo, para permitirnos una comprensión unitaria de este (p. 95) De allí que afirmemos que hay un juicio de valoración cuando el juez admite la prueba, la misma que debe ser no muy exigente, pues la inadmisión podría perturbar la garantía del debido proceso del imputado y evitar que se recolecte suficientes elementos de juicio para adoptar una decisión correcta. Ferrer (2021) respecto del derecho a la evidencia dice que como norma poliédrica entre otros derechos incluye el de usar todas las pruebas relevantes que se dispone para evidenciar la certeza de los hechos que sustentan la pretensión (p. 63) La necesidad de tutelar este derecho de las partes es garantizar en el punto de inicio, esto es la calificación de la prueba, que los sujetos procesales puedan introducir las pruebas que consideren adecuadas para demostrar sus aseveraciones sobre hechos.

Para Ferrer (2005) el término relevancia de un medio de prueba se refiere a su potencial para contribuir a la confirmación o falsedad de la ocurrencia de un fáctico postulado alegado en un proceso dado. (p. 28) y por su parte Schum (2016) respecto de la evidencia dice que es importante si tiene la fuerza o potencia para que modifique las creencias en un proceso inferencial en particular sobre un hecho (p. 117) La posibilidad de influir en la creencia judicial es una de las justificaciones de la relevancia probatoria, que implica un juicio de probabilidad y presenta otro elemento a medir que es la fuerza probatoria.

Dei Vecchi (2020a) opina que el medio es relevante si puede por hipótesis proporcionar un indicio relevante, es pertinente si puede por hipótesis proporcionar un indicio atinente al objeto de prueba y es útil si puede por hipótesis proporcionar un indicio que modifique el estatus justificativo del objeto de prueba en una medida atendible. (p. 59) El indicio relevante al que alude Dei Vecchi guarda relación con

ese juicio que establece que con esa prueba se podrá demostrar lo que es materia de verificación, el indicio atinente, representa a esa conexión existente con la que se pretende probar y la utilidad si es que hay una aportación de información suficiente para declarar una hipótesis como demostrada.

3. Hechos objeto de prueba

En principio hay reglas y hechos que no pueden probarse como las reglas de experiencia o sentido común, las leyes científicas, el derecho positivo interno vigente, el hecho que ha sido materia de procesamiento y es cosa juzgada, lo inverosímil y lo palmario,[5] lo que no es óbice que si en el caso sean utilizadas en el razonamiento probatorio se tenga que justificar con razones su solidez, como es el caso de las generalizaciones empíricas.

Un elemento sustancial para el juicio de admisibilidad es la determinación clara sobre la materia controvertida o los hechos que deben probarse. El artículo 156.1 del procedimiento del 2004 define lo que debe verificarse y desde una visión atomista señala que son los hechos referidos a los cargos imputados, la justificación de su punición, la cuantificación de la sanción penal asi como, así como la indemnización a favor de la víctima.

La fijación de los hechos en controversia propios de las reglas del proceso civil permite ordenar los actos probatorios, mientras que en el procedimiento penal las aserciones o aseveraciones que traen las partes son en conjunto el eje articulador tanto del ofrecimiento como de la calificación de los medios de prueba. Sin hechos controvertidos como punto de referencia no se podrá adecuadamente realizar el juicio de admisibilidad introduciéndose el desbarajuste en el proceso penal, de allí que principios como el de imputación necesaria (como hechos de cargo construidos correctamente), tengan sentido en esta etapa de la actividad demostrativa, lo mismo cuando la defensa formula una hipótesis de refutación de la imputación del Ministerio Público.

Si bien hay necesidad de fijar el hecho objeto de prueba, en esto también puede haber limitaciones de carácter normativo. Ho (2021) plantea un caso donde un acusado es procesado por el delito de violación y el comportamiento de la

[5] Así describe el Art. 156.2 del CPP.

presunta víctima (hecho A) aumenta la probabilidad de que haya consentido en tener relaciones sexuales con el acusado (hecho B). En la teoría probabilística A es relevante para B. Ho (2021) introduce otro elemento, y es que la presunta víctima es una adolescente y entonces para el derecho penal, no importa si ella había dado su consentimiento para la relación sexual. Si B (el consentimiento) no tiene consecuencias jurídicas, el tribunal no permitirá que se aporten pruebas de A (comportamiento de la víctima) con el fin de probar B, ya que sería irrelevante. (párr.29) El derecho penal tutela la integridad sexual de niños o adolescentes, aun cuando estos materialmente hayan voluntariamente accedido al contacto carnal. Se considera que legalmente no tienen capacidad para consentir por lo que no es de recibo que pretenda demostrar la anuencia. Toda evidencia que vaya en ese sentido debe ser rechazada.

Como hemos sostenido la determinación de cuáles son hechos controvertidos permite que el juez pueda evaluar la eficacia de los medios probatorios ofertados por los sujetos procesales. Sin embargo, Ho (2021) dice que no todos los hechos materiales están necesariamente en disputa y pone como ejemplo cuando el demandante acciona legalmente contra el demandado por incumplimiento de contrato. Según la ley de contratos el demandante debe probar: 1) que hubo un contrato entre las partes 2) que el demandado incumplió el contrato y 3) que el demandante había sufrido una pérdida como resultado de ese incumplimiento y puede darse la situación que el demandado admite que hubo un contrato y que lo incumplió, pero niega el daño, entonces sólo debe discutirse el último hecho material. (párr.30) Esto nos lleva a las convenciones sobre hechos. El CPP (Art. 350.2) dice que las partes pueden postular los enunciados con los que están conforme y que el magistrado puede declararlos como demostrados, por lo que ya no será necesario ofertar evidencia. Los acuerdos o convenios entre las partes no obligan al magistrado quien puede rechazarlos por lo que los interesados tendrán que presentar las evidencias para probar los hechos.

El artículo citado trae otra figura que son los acuerdos entre las partes respecto de las evidencias que serán necesarias para que algunos hechos se consideren confirmados y esto presupone que están de acuerdo con que el hecho ha sucedido, pero hay necesidad de demostrar su existencia. El juez tendrá que calificar primero si el hecho a probar es relevante en la causa, y segundo examinar

si las pruebas de esa convención permitirán probarlo, es decir estas pruebas ofrecidas en conjunto cumplen con el requisito de relevancia.

Hemos indicado que los acuerdos no vinculan al magistrado, sin embargo, este debe enunciar las razones que lo justifiquen si opta por la separación. Si se incumple este deber y no se articulan las razones de su rechazo, la decisión que desestime las convenciones de los sujetos procesales quedará sin efecto.

Estas convenciones tienen un impacto en el proceso de calificación de medios de prueba, y desde nuestra óptica, estos acuerdos lo que hacen es racionalizar el juicio oral de este proceso penal tan ralentizado por responsabilidad de jueces fiscales y abogados.

4. Grado de relevancia y peso probatorio

Pérez (2022) señala que los juicios de relevancia miden la contribución de una prueba a la explicación conjunta del caso, en concreto a la integración de nuestros conocimientos dentro de un sistema lo más unitario y estructurado posible, lo que, a su vez, remite al establecimiento de relaciones inferenciales entre sus elementos (p. 96) Lo que está en cuestión aquí es cuánto peso tienen los medios probatorios para poder acreditar la existencia de un hecho, lo que equivale en el fondo la realizacion de un juicio valorativo. En la conexión entre la evidencia con la proposición a demostrar se debe establecer la fuerza o capacidad para acreditar la existencia del objeto materia expresada en una convicción a la que debe arribar el juez en el momento que califica la prueba ofrecida por algún sujeto procesal.

Schum (2016) asevera que hay opiniones diferentes respecto de cómo graduar la potencia inferencial de la evidencia y determinar el umbral de esa medida, cuando es relevante y cuando irrelevante (p. 117) También Dei Vecchi (2020a) identificando este problema dice que la fuerza de un elemento de prueba ha de determinarse en el momento de la valoración de las pruebas, al tiempo que es necesario establecer mucho antes, al momento de la admisión, si la prueba es o no es (potencialmente) relevante, sea cual fuera la medida de su relevancia potencial (p. 58) Esto nos pone casi en una especie de estándar de prueba o umbral en la fase de admisión para poder concluir que una prueba es relevante y en consecuencia admisible. Schum (2016) estima que una credencial importante de la prueba es su relevancia y que los esfuerzos por graduar la relevancia de la prueba,

por lo general fallan y que es mejor decir que la evidencia es relevante si la potencia para modificar las convicciones probabilísticas sobre las hipótesis de interés por lo que sugiere que se puede graduar de varias formas la fuerza inferencial de las pruebas sin ser capaces de decir que se está graduando también su relevancia (p. 322) El problema es que si hacemos una valoración de la fuerza de la prueba para demostrar un hecho, como es un juicio adelantado, en el supuesto de declarar inadmisible el medio de prueba puede afectar sobremanera a la parte que lo ofreció. Entonces más que la probabilidad que considere el juez tiene la prueba ofrecida para demostrar una aserción fáctica, estimamos que debe ser flexible con la creencia de la parte que lo propone y que considera que con esa prueba puede demostrar sus aserciones.

5. Defectos de la prueba en el ofrecimiento. La redundancia y la inutilidad.

El medio probatorio ofrecido por las partes puede tener defectos que impedirán que se pueda admitir para su recepción en el juicio oral. Schum, Anderson y Twining (2015) afirman que uno de los defectos es la redundancia que se refiere a la prueba que o bien dice lo mismo una y otra vez, o bien no añade nada a lo que ya se tiene y en el campo jurídico se usa el término cumulativo con referencia a la prueba redundante (p. 450). En el caso peruano la redundancia tiene como criterio análogo al de utilidad o de aporte al proceso. El Art. 155 del CPP señala que el magistrado podrá rechazar las evidencias cuando sean ostensiblemente exuberantes. La prueba repetitiva trae el fenómeno de redundancia acumulativa que según Schum (2016) hace referencia a la prueba que no pareciera adicionar nada a la prueba que ha sido provista (p. 187) es decir que no trae nada diferente respecto de las informaciones que ya están dentro del proceso.

Dei Vecchi (2020a) define a la prueba inútil como toda aquella que, siendo pertinente, carezca de idoneidad para modificar de un modo atendible el estatus justificativo de la hipótesis bajo consideración (p. 58) Esto tiene que ver con el aporte de la prueba, y, por ejemplo, se relaciona con la intervención de muchos testigos para probar la existencia de un hecho. La presentación del testigo número

diez, que repetirá lo mismo, si bien es pertinente será inútil o irrelevante pues no agregará nada diferente.

No es que no traiga informaciones la prueba redundante (Schum, 2016) pues provee datos, pero no debe ser contada dos veces o sobrevaluada (p. 185). La prueba redundante en si no es negativa, sino que provee información repetida que no la hace útil, en este caso las pruebas previas deben ser de calidad de tal forma que ya no sea necesaria la recepción de más pruebas sobre lo mismo y que sea un factor de un engrosamiento probatorio que haga más lento el proceso penal.

Un caso en el que la redundancia es necesaria es el proceso especial de colaboración eficaz en el que se debe realizar la corroboración o confirmación probatoria reforzada respecto de la información dada por colaboradores eficaces, que desde ya son calificadas como sospechosas dada la fuente de donde proviene, es decir de personas que han cometido delitos y que buscan beneficiarse con premios por sus informaciones (exención o reducción de pena). Schum (2016) afirma que las pruebas corroborativas implican repetición por lo que son potencialmente redundante (p. 186), pero son importantes en casos como los que hemos señalado pues la información que proviene de la delación se empleará para el procesamiento de otras personas, y además que por la reserva de este proceso especial no hay posibilidad legal de realizar contradicción, como el de interrogar al colaborador por quien es afectado por dichas informaciones, de allí que como mecanismo de compensación se eleve las exigencias de confirmación probatoria.

6. Criterios de admisión y de exclusión de la prueba

El marco regulatorio para la admisión o rechazo del medio de prueba está constituido por las disposiciones estipuladas en el artículo 352.5 del CPP, el cual estipula que la aceptación de los medios de prueba proporcionados exige:

a) Que la solicitud incluya la descripción detallada del probable aporte que se pretende adquirir para un entendimiento más profundo del caso.

b) Que la acción probatoria sugerida sea pertinente, constructiva y provechosa. El requerimiento de una declaración testimonial o la realización de un peritaje determinará el punto que será objeto de interrogatorio o el problema que demanda una explicación por experto.

El análisis que estamos desarrollando si bien es sobre la pertinencia, utilidad y relevancia no podemos dejar de lado el criterio de conducencia que es un filtro de legalidad de la legalidad del medio probatorio ofrecido, y que su afectación eventualmente podría traer como consecuencia la existencia de prueba irregular, y que desde una visión más amplia puede ser la base excluir la prueba ilícita.

Vázquez (2015) considera que aun cuando es razonable la premisa de se adoptan decisiones correctas en razón que se tenga información relevante, esta idea puede estar limitada por diversos factores, y puede darse la situación que aun cuando toda evidencia admisible debe ser relevante, no toda evidencia relevante es admisible legalmente por lo que ese criterio es condición necesaria pero insuficiente para la aceptación de pruebas (p. 31) Estas reflexiones no quitan que en el caso peruano existan reglas de admisión y de rechazo del ofertorio probatorio. De acuerdo con el artículo 155.2 del CPP, se estipula que las pruebas se admiten a solicitud de las partes implicadas y que el juez tiene la responsabilidad de determinar su aceptación mediante una resolución especialmente motivada. Sólo podrá excluir aquellas que no sean pertinentes y prohibidas, y también podrá restringir los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de consecución imposible.

Podría darse el siguiente problema que la prueba es pertinente pero el juez estime que es irrelevante, esto es que no tiene peso probatorio, y es una especie de adelantamiento del valor que tiene el medio de prueba. En este sentido consideramos que, si bien el juez puede pensar que es irrelevante pero la defensa no, creemos que se debe admitir la prueba de tal forma que en el despliegue probatorio se determine si es relevante. Pérez (2022) tiene una opinión favorable a un régimen de admisión de pruebas en el que como mínimo, imperen dos criterios hoy asumidos en el derecho español: i) la máxima *pro probatione*, favorable a admitir las pruebas en caso de duda; ii) una interpretación restrictiva de los límites que la ley impone para su admisión (p. 97) Esta orientación sigue una línea cuasi benthamiana favorable a la admisión de toda prueba relevante, evitando las restricciones, lo que es desde nuestra opinión una regla con fuerte contenido epistémico que coadyuva en la consecución de la verdad.

Dei Vecchi (2020a) recomienda que los criterios procesales de admisión de prueba, si se pretende un derecho mínimamente consistente, no pueden más que ser epistémicos, indicadores de la verdad. (p. 54) Con esta postura estamos de acuerdo como un ideal, pero este modelo procesal puro no existe y esto nos trae el conflicto entre reglas probatorias y la epistemología jurídica, en razón que pueden convertirse en frenos del proceso de conocimiento de los hechos. Los límites que fijan las reglas probatorias como la prueba prohibida es porque privilegian aspectos valorativos, aun cuando la información sea auténtica, o también cuando concede el derecho de rechazar declarar en el proceso a familiares consanguíneos o de afinidad con el imputado.

Ho (2021) señala que debe cumplirse reglas legales para que se reciban pruebas en procedimientos judiciales pues existen las que prohíben que se presenten pruebas en un juicio, aunque sean relevantes para una proposición fáctica que es material y está en cuestión, pero hacen que las pruebas a las que se aplican sean "inadmisibles" y requieren que el juez las "excluya". Dos ejemplos de reglas de exclusión son la regla contra la evidencia de oídas y la regla contra la evidencia de carácter (párr.32) Del mismo modo Carmen Vázquez (2015) dice que esto se ve claro cuando se trata de prueba redundante como criterio epistémico, o normativo como la prohibición de declarar el profesional que goza del secreto respecto a la información de su cliente, o los sacerdotes por secreto de confesión (p. 31) Lo que hace el sistema es una ponderación entre la necesidad de la búsqueda del conocimiento, y valores que trascienden en determinadas circunstancias la misma. Esto nos pone en una especie de cuerda floja en la que hay que caminar para arribar a la verdad, pues lo otro es justificar intromisiones ilegales en derechos de las personas o el uso de tortura para extraer datos o confesión de un sospechoso.

Vásquez (2015) asevera que la exclusión de pruebas relevantes tiene efectos para la averiguación de la verdad por lo que un análisis más completo sobre la admisibilidad de pruebas debería discutir la justificación de las reglas de exclusión y si el costo asociado con la búsqueda de la verdad supera o disminuye su beneficio para el valor que se presupone en juego. (p. 32) La justificación en caso de preferencia por criterios no epistémicos responde a un juicio valorativo, respecto de que valores puede afectar la admisión de pruebas, como el derecho de

los familiares directos del imputado de abstenerse de declarar, o la prohibición de divulgar secretos militares. Puede que estas reglas sean anti epistémicas, pero son reglas que ha fijado el legislador y que son preferentes sobre el conocimiento de la verdad a la que se quiere arribar como finalidad de la prueba.

Dei Vecchi (2020a) explica el contenido de razones para admitir y razones para rechazar los medios de prueba. Son razones de primer orden las pruebas relevantes que favorecen la demostración del objeto de prueba, mientras que las de segundo y tercer orden operan para rechazar o excluir ciertas razones epistémicas de primer orden (p. 65) Desde una perspectiva epistemológico somos de la opinión que el jue al disciplinar el proceso debe emplear los filtros necesarios para admitir prueba, pero ante una duda si es que la prueba es relevante, debe optar por admitirla a favor del proponente.

Las de segundo orden (Dei Vecchi, 2020a) son aquellas que informan el rechazo de una prueba relevante en vistas de mejorar el estatus justificativo epistémico final del objeto de prueba poniendo como ejemplo el caso en el que se cuenta con un conjunto de elementos probatorios tan rico que la admisión de una prueba adicional por relevante que sea ni aportaría algo adicional y son los casos de superfluidad de prueba (p. 65) Esto nos trae a colación la prueba inútil según la terminológica procesal nacional o la prueba redundante.

Las de tercer orden según Ferrer (Dei Vecchi, 2020a) para la no admisibilidad son aquellas que informan el rechazo de una prueba relevante a efectos de extender los datos importantes disponible en el juicio, aun cuando la denegatoria tenga el efecto de minimizar la información utilizable en un caso en específico (p. 65) El ejemplo es la de no admitir un pedido para que un testigo que es periodista revele sus fuentes. Desde la lógica procesal, la violación de esta prohibición de admisión puede viciar el proceso, de allí que se reconozca como efecto epistémico que su rechazo o no admisión debilita los elementos de juicio disponibles.

En los regímenes jurídicos (Vásquez, 2015) se presente una diversidad de reglas para limitar la aceptación de pruebas relevantes y conformar reglas de exclusión que pueden ser las pretensiones de los sujetos procesales y sus

probables maniobras para triunfar en el juicio, las limitaciones epistémicas, los valores morales y políticos (p. 32) Por su parte Ho (2021) no desvalora las reglas de exclusión probatoria pues las considera como dispositivos que sirven como incentivos para que los abogados produzcan la mejor evidencia epistémicamente que esté razonablemente disponible (párr.33) Es de precisar que el CPP que se tiene un conjunto de reglas de prohibición legales para la admisión y que operan como reglas de exclusión, y que estas efectivamente son herramientas para que los sujetos procesales puedan ofrecer sus pruebas con una justificación adecuada.

En el derecho norteamericano respecto de exclusiones (Ho, 2021) la Regla Federal de Evidencia número 404 (a) (1) prohíbe el uso de evidencia del carácter de una persona para demostrar que un sujeto en una ocasión especifica actuó de acuerdo con aquel y la Regla Federal número 404 (b) (1) establece que la evidencia de un crimen o error no es aceptable para corroborar la tendencia en incidir en la comisión de un delito y para demostrar que en una situación específica el sujeto ejerció su actividad con arreglo a ese carácter. (párr.41) Ho (2021) considera que es dudoso que estas pruebas no puedan tener ninguna incidencia probabilística en su comportamiento en una ocasión determinada y que una concepción probabilística de la relevancia es difícil ver por qué la evidencia no es relevante. La explicación de Ho (2021) es que puede haber razones políticas, morales o de otro tipo para que la ley prohíba por lo que se está expresando un juicio normativo (párr.41). La preocupación de Ho nos permite afirmar que epistémicamente pruebas sobre el carácter de una persona si bien no es determinante respecto del delito, sin embargo, puede dar unas pistas sobre el comportamiento actual. La objeción puede ser que con esto en el fondo se está concluyendo que un sujeto que ha realizado un delito es irrecuperable y es imposible que cambie. Por lo tanto, las pruebas de carácter permiten que se arribe a conclusiones con una baja probabilidad.

Con relación (Ho, 2021) a la no admisión de pruebas de oídas se advierte que permitir que una parte use pruebas de oídas trae como efecto negativo que el oponente no tiene oportunidad de interrogar al autor original de la declaración y, por lo tanto, se ve privado de un medio importante para atacar la fiabilidad de las evidencias (párr.44) El CPP (Art. 166.2) ordena que el testigo de oídas que debe

indicar como obtuvo la información, esto indicar la oportunidad, circunstancias, personas y medios que le permitieron obtenerla. El juez puede ordenar de oficio el testimonio de las personas que según el testigo indirecto señala como su fuente informativa. La condición para emplear lo vertido por el testigo indirecto es que el proporcione sus fuentes y si se niega, no se podrá usar su testimonio. Entonces esta regla de exclusión puede ser utilizada para rechazar testimonios de oídas si es que no se apareja a la misma, los datos de las fuentes de donde se obtuvo la información.

Un problema más a abordar es el error del magistrado al finalizar el el juicio de aceptación de pruebas pues es algo que puede suceder. Esta situación justifica la necesidad que se permita legalmente el reexamen de esa decisión al mismo juez a pedido de la parte afectada tal como lo tiene establecido el Art. 155.4 del CPP que prevé que las resoluciones que se pronuncien por la aceptación de la evidencia pueden ser reexaminadas por el magistrado, pero debe trasladar antes de decidir que se remita la petición al Ministerio Público y a las otras partes, esto es en fase intermedia, y también hay otro escenario para el reexamen que es el juicio oral como lo regula el Art. 373.2 del CPP que en vía de excepción establece que los interesados pueden nuevamente presentar las pruebas rechazadas en la fase de control del requerimiento acusatorio pero deben exponer una justificación especifica, diferente al argumento oralizado en fase intermedia, resolviendo el juez de juzgamiento en ese mismo acto, previo traslado de la petición a los demás sujetos procesales. La decisión del juez es inapelable, pero la parte que se estima afectada puede ofrecer las pruebas indebidamente denegadas en el recurso de apelación siempre que haya formulado oportunamente la reserva (Art. 422 del CPP)

Existen otras reglas de exclusión probatoria como aquellas informaciones obtenidas aun con la aceptación voluntaria del sujeto procesal interesado, además de las técnicas idóneas para influir sobre su derecho de autodeterminación o para modificar la capacidad de la memoria o valorar los hechos (Art. 157.3 del CPP) A modo de ilustración es la información extraída mediante hipnosis o suero de la verdad o cualquier procedimiento que influya en el momento de la declaración.

Con relación a la prueba ilícita el artículo 159.1 del CPP preceptúa que los magistrados no pueden emplear bajo ninguna forma las evidencias que se han

obtenido con afectación del contenido esencial de los constitucionales de la persona. Como hemos señalado esto se conoce como la teoría del árbol envenenado, por la cual los frutos de este también están contaminados y no pueden usarse como pruebas. Si bien la Corte Suprema ha interpretado que un mecanismo de exclusión procesal es la tutela de derechos, que se da en fase preparatoria, esta no es el único mecanismo para hacerlo, pues puede darse en cualquier fase del proceso hasta antes de la emisión de la sentencia siempre que la prueba ilícita sea identificada. Hay abundantes trabajos sobre las excepciones a las reglas de exclusión proveniente de la jurisprudencia norteamericana, y cuyo fundamento resisten a las reglas de la lógica por la creación de ficciones como el descubrimiento inevitable, o la causalidad atenuada, pero se obvia que la discusión de fondo es si la obtención ilícita afecta al contenido de la información, de allí que hay posturas para se admita o no se excluya si es que hay una garantía de autenticidad evidente del contenido sin perjuicio de castigar a quienes la han obtenido de forma ilegal.

Tenemos en el CPP más reglas de exclusión como que el efectivo policial, militar o miembro de los servicios de inteligencia del Estado no puede ser obligado a develar nombres de sus proveedores de información y que, si estos no son interrogados como testigos, los datos recolectados no podrán ser admitidos o usados. (Art. 163.3 CPP) Esto es equiparable a los testigos de oídas y también que no pueden ser obligados rendir testimonio las personas vinculadas por el secreto debido a su profesión, como sacerdotes, médicos, abogados, periodistas y cualquier profesional que tenga una ley expresa que los proteja (Art. 157.3 CPP). Esta prohibición puede ser levantada si es que el interesado decide que se conozca la información. En el ofrecimiento probatorio de estos profesionales, debe constar como requisito esta autorización de levantamiento del secreto.

7. Problemas en el escenario de la admisión probatoria

La etapa intermedia se ha convertido en un cuello de botella en general para el control del requerimiento acusatorio, y es a veces un mecanismo que entorpece y retrasa el proceso penal, cuando esta debiera ser racionalizada, despejando cualquier acto procesal que entrampe su desarrollo, empleando la oralidad en forma eficiente, sin desmedro de las garantías de las partes.

Las fases procesales se regulan a partir de plazos legales y del plazo razonable ampliamente desarrolla por los tribunales constitucionales, y la pregunta es ¿La fase intermedia tiene plazo? Pues si bien no está fijado con claridad como si lo está para la etapa preparatoria, sin embargo, podemos advertir que el artículo 351.4 del CPP dice que entre la acusación y el dictado del auto resuelve sobre el control puede pasar más de cuarenta días y en investigaciones complejas o de crimen organizado el plazo no puede ser mayor de noventa días. Cuando la norma hace referencia al auto que resuelve es el de autorización de enjuiciamiento, lo que presupone que ya se pronunció el juez de todos los aspectos formales y materiales del requerimiento acusatorio, la resolución respecto de mociones presentadas como medios de defensa, incluida la admisión de los medios probatorios presentados por las partes.

En la práctica advertimos que el procedimiento para admitir la prueba ha producido un entrampamiento que no se veía en el Código de Procedimiento de 1940 que en puridad si bien no establecía criterios claros para filtrar la prueba, se iba al otro extremo, el de admitir cualquier prueba, asi las cosas sin embargo este era más célere que la actual fase intermedia. Si bien el juez no debe dejar de realizar su trabajo de profilaxis de los medios de prueba, en principio si no hay oposición de las partes respecto de su relevancia, y habiendo comprobado lo mismo el juez, puede admitir las pruebas en la que hay una suerte de convención entre los sujetos procesales, y hacer un análisis más exhaustivo cuando se trata de medios de prueba en los que hay oposición entre partes. Un mecanismo ideal sería que, corrido el traslado de las pruebas ofrecidas por cada sujeto procesal, deberían presentarse por escrito las razones de la oposición debiendo primar la regla pro probatione, de tal forma que se permita discurrir hacia el juicio oral lo que las defensas estiman lo más adecuado para la prueba de sus hipótesis. El rechazo o declaración de inadmisibilidad debe ser a partir de ofrecimientos manifiestamente impertinentes o irrelevantes.

Posteriormente los magistrados del juzgamiento en su calidad de directores del debate deben recepcionar de la prueba la información tendente a demostrar los enunciados formulados por las partes, y en la valoración probatoria poder examinar individual y de forma conjunta los elementos de prueba, para justificar una decisión.

Podemos arribar en este capitulo a las siguientes conclusiones:

a) En el derecho euro continental se fija en general como criterios de admisibilidad la pertinencia, idoneidad y beneficios de la prueba y en el anglosajón es el de relevancia.

b) La relevancia es el concepto recogido por la epistemología de la prueba, la misma que se diferencia de la pertinencia, en el sentido que esta última solo se define como la relación que tiene la prueba con el objeto a probar, por lo que a esta se debe incorporar el concepto de relevancia en el sentido que su admisión permitirá podrá probar la existencia del hecho en cuestión.

c) La pertinencia tal como la concebimos como conexión con el objeto de prueba, no agota la relevancia, pues esto tiene que ver además con la utilidad, esto es si la prueba ofrecerá un aporte importante para acreditar un hecho, por lo que su inutilidad, es decir, su falta de aporte, o el bajo nivel de aporte determina que la prueba siendo pertinente, se convierta en irrelevante.

d) La necesidad de reunir elementos de juicio de calidad no puede ir en desmedro de las garantías que tienen las partes respecto de su derecho a demostrar sus hipótesis, por lo que es necesario la aplicación de la regla pro probatione.

e) Se debe establecer procedimientos más expeditivos para que los actos que se desarrollen en la fase intermedia sean eficaces como la admisión de pruebas, de tal forma que contribuyan en la celeridad del proceso penal.

CAPITULO V

LA LOGICA EN EL SISTEMA DE SANA CRITICA

1. Generalidades

En el método de estimación racional de la evidencia o sana crítica se alude a la lógica y (Mitchel, 1968) esta es considerada como el estudio de las formas de inferencia válida o como el estudio de las formas de proposiciones de implicación verdaderas (p.13) o como la teoria de la inferencia entendida esta última (Camacho, 2002) como la transición entre las premisas y la conclusión de un razonamiento (p.22) En la historia de la filosofía se considera al que el padre de la lógica es Aristóteles, quien formuló el método de la deducción, pero también tenemos a la inducción de Bacon y la abducción de Charles Pierce.

Igartua (2018) no solo hace referencia al método deductivo que va de los general a lo particular sino el inductivo que va de lo particular a lo general, y el abductivo que va de lo específico a otro específico diferente. Precisa el profesor español, que el nexo entre la premisa y la conclusión en el deductivo es de *necesariedad, y* solo de mayor o menor probabilidad en el inductivo y abductivo. (p. 96) Esta es una de las diferencias sustanciales entre estos métodos de la deducción que es que al realizarse las inferencias si las premisas son ciertas la conclusión también será concluyente o categórica.

Respecto de la abducción Peirce (Schum, 2016) estaba seguro de que ninguna nueva idea iba a ser descubierta con razonamiento inductivo ni deductivo. La deducción da un medio para demostrar que una conclusión es necesariamente verdadera mientras que la inducción permite afirmar que una conclusión es probablemente cierta. (p. 565) Esta fue la razón para proponer un método diferente para poder construir hipótesis con la información disponible.

2. La deducción

En la deducción (Camacho, 2002) si se aceptan las premisas hay que aceptar la conclusión (p.47). Si se origina de premisas ciertas entonces se provocarán consecuencias verdaderas (Rivera, 2011) y la estructura de la inferencia deductiva es: Regla: todos los hombres son mortales; Caso: Juan es hombre; Resultado: Juan es mortal. Incuestionablemente para que la conclusión sea verdadera las premisas deben ser verdaderas. (p. 329) Es decir que la premisa mayor debe estar demostrada, esto es que irrefutablemente sean verdaderas, la premisa menor también debe ser probada, y verdadera de tal forma que la conclusión sea verdadera. En el ejemplo clásico sabemos que no somos inmortales, hombre y mujeres nacen y mueren, de allí que, si alguien es hombre, la consecuencia lógica es que es mortal, y que morirá en algún momento.

Para Rivera (2011) este argumento no garantiza la verdad de la conclusión y que la construcción y argumento deductivo sean válidos ya que puede ocurrir que una premisa sea falsa o conceptualmente equívoca, por tanto, se llegará a una conclusión falsa (p. 329) el ejemplo puede ser todos los animales hablan, el perro habla, conclusión el perro es un animal. En este caso hay un error en la construcción de las premisas fácticas pues ningún animal habla, en el sentido de articular lenguaje como expresión del pensamiento, aunque se puede plantear el ejemplo de los loros, pero este es solo un animal que repite fonéticamente lo que percibe auditivamente, y no es propiamente un lenguaje.

El verdadero problema (Rivera, 2011) de la aplicación deductiva se ubica en la aceptabilidad de la conclusión, pues la debilidad de esta está en la debilidad cognoscitiva las aserciones sobre hechos particulares. Puede ser absolutamente verdad y aceptada la regla, pero ser falso el hecho singular o premisa menor. Es decir, el problema de la deducción se centra en la validez y la corrección de las premisas. (p. 329) Como ejemplo del uso de la deducción tenemos la regla: nadie puede estar al mismo tiempo en dos lugares diferentes a la misma hora. Pedro fue asesinado en San Cristóbal, Juan fue imputado, pero probó que estaba en Bogotá a esa hora, la conclusión es que Juan no mató en San Cristóbal a Pedro.

3. La inducción

Las inferencias inductivas (Hempel, 1973) parten de premisas que se refieren a casos particulares y llevan a una conclusión cuyo carácter es el de una ley o principio general. (p. 26) Es lo que conocemos como una generalización empírica siempre en el plano de lo probable o lo no concluyente.

Las debilidades (Hempel, 1973) de la inducción en la investigación científica son advertidas, pues para inferir leyes se tendrían que reunir todos los hechos hasta el fin del mundo; y tampoco podemos reunir todos los hechos dados hasta ahora, puesto que éstos son infinitos tanto en número como en variedad, es decir sostenía que era complejo estudiar los casos singulares como el examinar todos los granos de arena de todos los desiertos y de todas las playas. (p. 28) Hasta donde se debía examinar los casos y poder construir reglas que funcionen correctamente como premisa general en un proceso inductivo.

Rivera (2011) dice que se entiende por inferencia inductiva una derivación de casos vistos reiteradamente para concluir de ellos acerca de casos que no han estado en la mira y citando a Born sostiene que ninguna observación, ningún experimento, por extensos que sean, pueden dar más que un número finito de repeticiones, por lo que es posible concluir que las teorías inferidas por inducción son sólo tentativas, o son leyes y teorías conjeturales, o hipótesis tentativas. (p. 323) De allí que la inferencia, el paso de una premisa a otra desde la inducción no nos dará conclusiones categóricas sino solo probables.

Para Hempel (1973) el rol de las reglas de inducción son la formulación de criterios de corrección de la inferencia y que, según algunas teorías de la inducción, las reglas determinarían la fuerza del apoyo que los datos prestan a la hipótesis, y pueden expresar ese apoyo en términos de probabilidades. (p. 37) Esta fuerza de los datos tienen relación con el peso probatorio de las pruebas y que un criterio para determinar aquel es el cuantitativo.

En la inducción (García Amado, 2017) se llega a la conclusión de que todos los X son Y basándose en datos individuales. Por ejemplo, considerando que el señor J es del pueblo P y es pelirrojo, el señor H es del pueblo P y es pelirrojo, y el señor K es del pueblo P y es pelirrojo, se deduce inductivamente que todos los habitantes del pueblo P son pelirrojos. (p. 82) Si estamos ante una repetición, es probable que la inferencia nos haga concluir que todos los ciudadanos de ese

pueblo tienen cabello pelirrojo, pero esto queda refutado si un solo habitante de allí es de cabello negro.

Schum (2016) refiere que el descubrimiento y la prueba (demostración) está asociada con la elección pues con las conclusiones no obstante ser probabilísticas son empleadas para la adopción de decisiones. (p. 568) Esta idea se da en el marco de describir como opera la inducción.

4. La abducción

Peirce (Gascón, 2004) postula que la abducción implica el estudio de los hechos y la formulación de una teoría explicativa. Su única justificación radica en que, si se pretende alcanzar una comprensión de los hechos, deberá ser de esta manera. (p. 110) La idea de explicar un caso a partir de hipótesis es lo que le da sentido a la abducción.

Rivera (2011) dice que con la abducción se pretende desde los hechos presentes -hechos indicantes- retroceder -desde el consecuente al antecedente- para construir una narración explicativa del hecho mediante conexiones lógicas y esta teoría ha sido expuesta por Charles Peirce denominándola hipótesis presuntiva o retroducción y mientras que la inducción se refiere a la extrapolación de una Regla a partir de un Caso y un Resultado, la hipótesis presuntiva se refiere a la inferencia del Caso a partir de un Resultado y una Regla. (p. 331) Este es un punto distintivo ya que la abducción parte de casos, y se formulan hipótesis a partir de reglas ya establecidas, mientras que en la inducción se busca de los casos formular reglas.

El uso de la abducción fue abordado por Twining (2020) quien afirma que en las etapas iniciales de un proceso penal tradicional, los investigadores y otros agentes emplean la abducción y el razonamiento imaginativo al construir, refinar y eliminar hipótesis (el modelo de Sherlock Holmes) de una manera parecida a como lo hacen los historiadores convencionales y a los policías normalmente se les advierte que no se dejen guiar por una «investigación centrada en el sospechoso» en acuerdos prematuros sobre una única hipótesis (p. 32) La construcción de hipótesis a partir de información previa, es lo que se conoce como la fase de descubrimiento. La policía ante un crimen y las evidencias formula las hipótesis para resolverlo, respecto de las circunstancias de su consumación y de inferir quien

es el autor. Aquí no se extraen reglas generales a partir de casos particulares que es propio de la inducción, sino se construyen hipótesis para dar respuesta a un caso concreto.

La capacidad para construir hipótesis es un elemento importante en la investigación, ya que (Schum, 2015) el razonamiento abductivo es un proceso creativo que usa información conocida para generar hipótesis a ser probadas a través de investigaciones adicionales. (p. 450) Hay una dosis de creatividad que permite que los investigadores de un hecho criminal conjeturen respecto de las causas del suceso.

García (2017) describe a la abducción como un tipo de razonamiento que hace una contracción a la hipótesis más creíble a través de información diversa concluyendo con una proposición, de la clase *el estallido fue causado por un daño eléctrico* o *A asesinó a B* (p. 82) Un elemento central es que aquí no hay que construir reglas sino una hipótesis que explique el hecho objeto de controversia.

Entre la abducción e inducción (Gascón, 2004) hay diferencias pues se le atribuye a aquélla el estatus de estructura del descubrimiento que va de lo fáctico a la hipótesis y a ésta el de justificación que iría en dirección inversa, de la hipótesis a lo fáctico (pp. 108-109) Nos deja duda esta postura si asumimos que la inducción es un método de demostración y que sirve para emplearlas como reglas que no siendo concluyentes funcionarán como premisas en un tránsito entre proposiciones. En otras palabras, si asumimos que la inducción está en el contexto de justificación sería en el de hacerlo con las reglas o generalizaciones pero que pueden aplicarse para otros casos.

La abducción (Rivera ,2011) significa separación, y en ese tipo de casos se estudia la separación de enunciados que hay que reconstruir, para determinar su validez lógica y se precisa que, en sentido técnico, la abducción no es un procedimiento lógico, dado que no debe cumplir ningún tipo de regla de formación o transformación de enunciados pues estas reglas se siguen después del proceso de abducción, es decir, cuando se unen los tres enunciados y se verifica su validez lógica (p. 332) Concluye que más bien es una suerte de soporte o fase previa de la formación del razonamiento deductivo.

Rivera (2011) señala que la abducción inicia con un resultado o conclusión específica y se pueden postular dos reglas, una que explique ese resultado como un caso de esa regla y que sería la abducción de la regla o un caso nuevo, que explique la existencia de ese resultado y a la vez que proviene de una regla. Lo que se denomina abducción del caso. (p. 333) Los datos iniciales nos permiten construir una hipótesis, pero también subyacen en la inferencia de esos datos reglas que funcionan como premisas, pero también el mismo caso puede generar reglas, pero siempre reducidas al caso en concreto.

En realidad, la abducción (Rivera, 2011) es un método reconstructivo que da idea o representación de la realidad y permite una explicación de esta y como método permite expresar la estructura del descubrimiento en el sentido de narrar sobre su método que es diferente al de la justificación. (p. 333) En la misma linea planteada por Gascón y que en realidad viene de Hans Reichenbach y su obra Experiencia y Predicción en la que la propuso. La dirección del método abductivo (Rivera, 2011) parte de la conclusión o resultado -el hecho en sí- por ejemplo, Pedro ha sido hallado con un disparo en el corazón, es el punto de partida del razonamiento presuntivo y en la medida que se encuentra la bala, se determina la forma del disparo y que la muerte efectivamente se produjo por el disparo, son hechos que nutren el pensamiento presuntivo, y arribar por lo menos a la hipótesis que Pedro fue asesinado como hipótesis presuntiva. (p. 333) Avanzar a descubrir quién es el autor implica a partir del descubrimiento de otros hechos en cadena, construir las proposiciones que permitan inferir como hipótesis la identificación del presunto autor.

García Amado (2017) afirma que persistentemente el juez hace un raciocinio abductivo cuando concluye que está demostrado o no un hecho que es materia de debate en el proceso y lo desarrolla con los elementos que posee, las alegaciones de las partes, los hechos evidentes o sobre los que las partes tienen conformidad y en la práctica de las pruebas se han mostrado. Con esa información puede concluir que sí es verdad que A robó a B o que C le debe diez meses de renta de alquiler a D. (p.83) Una diferencia con la inducción es que el raciocinio para demostrar la existencia de un hecho está referido a un hecho concreto objeto de prueba y que con los datos disponibles puede concluir que si está o no probada su realidad.

García (2017) dice que esta conclusión para ser defendible debe cumplir ciertas reglas como las siguientes:

a) Debe dejar menos cabos sueltos, e integrar la información en un sistema consistente y un relato compatible con todos los datos existentes.
b) Que su verosimilitud o probabilidad sea resultado con la información con los que el relato se edifica.
c) Que haya menos explicaciones alternativas o sean más irrazonables. (p. 83)

El autor citado afirma que al igual que en la inducción y a diferencia de la deducción, en la abducción, la conclusión no se deriva de las premisas de manera lógica y, adicionalmente, en la conclusión se incorpora información que las premisas no reunieron. (p. 83) Lo que es de apreciarse que la conclusión o hipótesis verificada será a partir de la información que ha sido recogida dentro del proceso judicial.

Para Gascón (2004) la abducción es, como la prueba indirecta de hechos que caracteriza como una modalidad de inducción, un razonamiento que implica formular conjeturas razonables respecto a ciertos hechos, basándose en una regla y hechos ciertos: se evidencia un hecho sorprendente *p*; si *h* fuera cierta, explicaría la producción de *p*; por lo tanto, existen razones para sostener que *h* es verdadera. Viéndolo de otra forma, a partir de unos hechos *p* y de una regla cuyo resultado son dichos hechos (*h*-> *p*), se reconstruyen los hechos que constituyen el antecedente de la regla (*h*) y que, de ser verdaderos, proporcionarían una explicación para la producción de p. (p. 108) La autora establece una cierta identidad entre abducción e inducción porque ambas llegan a ser conjeturas o probabilidades, por ejemplo en la abducción a partir de ciertos datos de la realidad, permite establecer hipótesis de la causa de muerte de una persona, si se ha encontrado un arma de fuego en el lugar del crimen y el disparo ha sido en el corazón, pero siempre a nivel de conjetura o probabilidad. En este caso podríamos fijar dos hipótesis, que fue un homicidio o un suicidio, a partir de reglas de inducción en las que generalmente si se encuentra un cadáver con un disparo de bala y en el lugar una pistola, por lo menos esta sería la causa de muerte. Las reglas construidas a partir de la inducción permiten formular hipótesis abductivas, pero si en la mano de la víctima no se encuentran cationes metálicos como plomo, bario o

antimonio entonces podemos afirmar que no hubo suicidio, no fue de propia mano. La conjetura de suicidio es descartada y queda la hipótesis de homicidio, pero siempre en este plano de probabilidad lo que lo identifica con la inducción en tanto sus generalizaciones empíricas no son categóricas sino probables.

Por su parte Tuzet (2020) considera que la abducción es la inferencia por la cual se formula una hipótesis explicativa, y es una inferencia que usualmente se lleva en condiciones de información incompleta (p. 159) Esto es importante puesto que la construcción de hipótesis se va dando a partir de la información presente, de allí que también se aluda a conjeturas, las que pueden ir variando a partir de la selección de mayores elementos de juicios o pruebas que se disponga pues se formulan hipótesis a partir de datos todavía incompletos, más si se está ante el inicio de una indagación.

5. La lógica difusa o borrosa

El autor de la lógica difusa Lofti A. Zadeh (2015) señaló que la ciencia, incluidas las matemáticas, se basa en la lógica clásica, aristotélica y bivalente y que la ciencia basada en bivalente ha logrado éxitos brillantes pero ignora una realidad básica y es que en la cognición humana casi todas las clases tienen límites poco nítidos (difusos) y la lógica bivalente no es la lógica correcta para tratar con tales clases, ni tampoco lo es lógica bivalente en la se basa la teoría de la probabilidad (p.12) Esta limitación le lleva a plantear otro fórmula para abordar el razonamiento en situaciones donde reina la vaguedad.

Según Taruffo (2011) la teoría de los conjuntos borrosos percibe la vaguedad no como un obstáculo a erradicar, sino como una característica insuperable. Su objetivo es desarrollar procedimientos racionales en relación con los conceptos vagos. Esta teoría se fundamenta en la capacidad de realizar inferencias entre proposiciones basadas en nociones vagas o conceptos imprecisos. (p. 232) Es una constatación sobre algo existente en la realidad, es decir no vivimos en situaciones bivalentes de cosas reales o cosas falsas, sino en graduaciones o verdades aproximadas.

Sin dejar de lado la deducción, inducción o la abducción la lógica paraconsistente o difusa o multivariada es aplicable en situaciones de imprecisión o ambigüedad. Taruffo (2011) sostenía que uno de los desafíos que la teoría cuantitativa de la probabilidad busca resolver es la utilización frecuente de nociones vagas en el razonamiento probatorio. Esta ambigüedad en el significado de los términos no es una característica exclusiva de las normas jurídicas, a pesar de que la vaguedad de las normas es la que más atrae la atención de los estudiosos del derecho. (p. 229) En la vida cotidiana la vaguedad también está presente, no somos precisos, si decimos el clima es frío, este se puede inferior a partir de las características del momento como lluvia, nieve, baja de temperatura, pero cuando estamos con precisión con frio, a que grados, será de 10 grados centígrados o 0 grados, solo decimos que sentimos frío y podemos decir moderado o muy frío.

Para graficar este escenario difuso Schum (2016) expone el siguiente argumento:

> “Si una persona está sobrecargada de trabajo y mal pagada, entonces probablemente no está muy feliz con su trabajo y este es un ejemplo de lo que Zadeh ha llamado razonamiento difuso, vago, aproximado, ya que este contiene los elementos difusos: sobrecargada, mal pagada, probablemente, y no está feliz y la lógica aplicada en tales situaciones es en sí misma difusa.” (p. 342)

Como se advierte en la vida cotidiana podemos representar con el lenguaje la realidad de manera vaga o imprecisa. Si nos preguntasen como estas hoy, puedes contestar que estas mal de salud, o en regular estado de salud, o se con buena salud o muy buena. Aquí podemos apreciar que conceptos como mal, regular, buena o muy buena son términos imprecisos, pero funcionan porque representan intervalos. Si vamos al derecho procesal peruano por ejemplo tenemos también el Art. II por la que todo imputado por un delito es considerado inocente y para ser condenado es imprescindible que la actividad probatoria de la fiscalía sea bastante. El concepto bastante o suficiente que se utiliza en el CPP es un término cuyo contenido es vago. Lo que puede ser suficiente para un juez no lo será para otro. El concepto de gravedad y que los elementos de convicción estén debidamente sustentados (Art. 268 CPP) como uno de los requisitos de la prisión

preventiva, no tienen contornos bien definidos. Los indicios reveladores para formalizar investigación preparatoria Art. 336 del CPP que ha motivado que en la línea de los estándares de prueba la Corte Suprema haya establecido la sospecha reveladora o las razones plausibles como presupuesto para la detención preliminar (Art. 261 CPP) cuyo contenido también es difuso.

En la epistemología también se reconocen términos (Taruffo, 2011) como "alto", "pesado", "veloz", "costoso", "viejo", "grande", "muchos", "habitualmente", "en la mayor parte de los casos", entre otros, que son vagos dado que manifiestan valoraciones o características significativas, pero que carecen de una determinación precisa. (p. 229) Son expresiones del lenguaje que buscan representar la realidad, pero no alcanzan un nivel de precisión aceptable y frente a este fenómeno Taruffo (2011) alude a la teoría de los fuzzy sets, que se originó en una investigación de 1965 de Lofti Asker Zadeh[6] y ha experimentado una extensa elaboración en pocos años, particularmente en el campo de los "sistemas expertos" en sectores que previamente no eran susceptibles de tratamiento informatizado. (p. 231) Una aplicación actual de la lógica difusa es la inteligencia artificial porque permite entrar en escenarios de grados de verdad sin abandonar la lógica tradicional.

Respecto de la lógica difusa Schum (2016) refiere que las conclusiones alcanzadas en el razonamiento difuso o aproximado no son tan definitivas como las alcanzadas utilizando la lógica convencional y que la lógica difusa puede cubrir un amplio rango de tareas actuales del razonamiento humano y admite que en muchas ocasiones los elementos de los argumentos inductivos pueden ser de naturaleza difusa. (p. 342) La relación con la inducción tiene sentido puesto que las generalizaciones empíricas que nacen a partir de la observación de casos particulares no son concluyentes sino probables o aproximadas y en la lógica difusa también las conclusiones tienen esa entidad de probables porque estamos frente a grados de aproximación a la verdad. De allí que (Schum, 2016) se afirme que Las generalizaciones constituyen el vínculo que sostiene nuestros argumentos juntos y con frecuencia este argumento es difuso. (p. 343) Si la generalización es difusa y

[6] Nacido en Bakú (1921-2017) ciudad de la antigua República Socialista Soviética de Azerbaiyán estudió en Irán en la Universidad de Teherán y en Estados Unidos hizo sus estudios en el MIT, Columbia y Berkeley.

la argumentación la coloca como una premisa, es entendible que todo el argumento tenga ese carácter.

Los estándares de prueba (Schum, 2016) tales como la superación de la incertidumbre razonable, la preponderancia de la prueba o el balance de probabilidades, o la prueba clara y persuasiva como grado intermedio son de naturaleza difusa y los términos como relevancia están fijados en términos difusos (p. 345) Estos nos parece más razonable en la fijación de los estándares de pruebas, pues si no hay precisión matemática, la única forma es establecer intervalos de carácter cuantitativo para poder determinar en qué punto o grado nos encontramos. Los motivos bastantes que se usa en el caso español para justificar (que critica Ferrer) la prisión preventiva admite entonces su contrario o menor rango que sería pocos motivos. Los otros son los que ha elaborado la Corte Suprema y son la sospecha simple, reveladora, suficiente, fuerte, grave. Estos estándares son en realidad términos con cierta vaguedad pero que establecen una suerte de escala de medición.

En la línea de estudiar los conceptos vagos o difusos, Schum (2016) estima que el concepto de *variable lingüística* es importante en el razonamiento difuso y que la edad es un ejemplo de tal variable; sus posibles valores son estados verbalmente descritos tales como muy viejo, viejo, no muy viejo, joven y muy joven y que a veces se emplean combinaciones de variables lingüísticas como predicados, como al describir un automóvil como *viejo* y *barato* se advierte como se combina predicados difusos. (p. 346) Sería ideal sustituir estos por conceptos más precisos como (Taruffo, 2011) Ticio es alto por Ticio mide 1.80 o el sol se escondió hace poco por el sol se escondió a las 18.45 pm (p. 229) Mas esto no es posible pues requeríamos tener el dato preciso, matemático, manteniéndose este tipo de usos lingüísticos. La lógica borrosa implica (Schum, 2016) modificadores de predicado como *más o menos, muy* y *extremadamente* y que esto también implica cuantificadores difusos tales como *más, muchos, pocos y varios,* y que pueden ejemplificarse *en* la afirmación: la *mayoría* de los estudiantes universitarios son jóvenes. (p. 346) En la aseveración podríamos decir que la mayoría si fuésemos precisos sería en un conjunto de cien personas, la mitad más uno o 51, y de allí para adelante seria hasta el número 100. Ante la pregunta cuál es la mayoría, la respuesta serían varias desde 51 a 100, de allí que tiene sentido que la

lógica difusa es de naturaleza multivaluada, en contraste con la lógica bivalente (Schum 2016 p. 345) También se le califica como lógica plurivalente, polivalente o multivaluada, que rechaza el principio de tercio excluido, pues siguiendo el ejemplo, la mayoría puede ser 60 o 70 estudiantes, desde la premisa construida por el concepto *mayoría*, habría varias verdades, por lo que con nitidez podemos observar que en la lógica multivariada se admite más valores de verdad, inadmisible en la lógica bivalente, de solo verdadero o solo falso.

En la propuesta de Zadeh (Taruffo, 2011) la teoría de los conjuntos implica un concepto de conjunto no exactamente determinado, en el sentido de que la pertenencia del individuo al conjunto no se encuentra claramente definida en términos absolutos positivos o negativos, sino que únicamente se puede definir a través de grados. De este modo, se puede conceptualizar los conjuntos vagos como funciones de grado de pertenencia y se pueden construir cálculos que evalúen las relaciones entre sistemas ambiguos. (p. 232) El concepto de grados de pertenencia serán de utilidad en sistemas donde el elemento es la vaguedad, y (Taruffo (2011) dentro de esta idea general puede darse otra indicación más particular: el grado de pertenencia al conjunto ambiguo no puede ser señalada con números sino con series de números que concretan el conjunto (p. 233) Tiene coherencia el planteamiento que conceptos ambiguos por su imprecisión no pueden ser representados por un medida precia, pero se pueden representar en una escala o en una escala de medida justamente porque sus contornos siguen siendo difusos, el decir alto que implica la posibilidad de altura si no hay precisión para estimar cuando se está alto, entra en estos conceptos vagos, o pesado o precio bajo, que si no pueden ser representados con precisión se quedan en el ámbito de la vaguedad. Taruffo (2011) en la búsqueda de precisión dice que «Alto» puede, estar en una escala de 1,70 y 2,00 m y que «pesado» puede estar en un intervalo entre 1 y 10 kg y «precio bajo» estará entre 100 y 1.000 euros y así sucesivamente. (p. 233) Si no hay punto de referencia que sea un apoyo para la precisión solo nos moveremos en intervalos indefinidos imprecisos o difusos. Decir que una persona es alta en Perú, será diferente a una persona alta en Holanda donde la media está por encima de 1.80 metros cuando en nuestro caso es de 1.65 metros.

Se puede reducir la vaguedad, (Taruffo, 2011) con una técnica que consiste en demarcar las fronteras del conjunto impreciso y que no es útil solo para manejar

las nociones ambiguas en el ámbito de la informática sino que permite imputar significado y hacer que se usen racionalmente, a enunciados que de otra manera no lo serían como consecuencia de su indeterminación excesiva y ese uso permanece en las fronteras del raciocinio cercano, pero éste resulta un procedimiento racionalmente manejable. (p. 234) El manejo de la imprecisión es lo que está detrás de esta lógica borrosa, en el entendido que en el mundo real es connatural la existencia de la ambigüedad.

Para Taruffo (2011) la conceptualización del fuzzy set se torna compleja cuando la dificultad no radica en definir los confines de una opinión subjetiva, sino en precisar circunstancias, hechos o frecuencias. Por ejemplo, las reglas de experiencia o de sentido común en el contexto de evaluación de pruebas son consideradas "vagas" dado que no reflejan leyes científicas. Resulta complicado concebir una delimitación cuantitativa aceptable de nociones que tienden a reflejar genéricamente lo que el sentido común considera "normal" o se anticipa que será "en la mayoría de los casos". (p. 235) La aplicación de lo cuantitativo en el razonamiento probatorio es bastante difícil pues en el mundo jurídico muchas expresiones que tiene que ver con un elemento de cuantificación no pueden ser reducidos a estos. No es posible decir que la sospecha suficiente tiene un nivel de certeza de la hipótesis acusatoria al 55 por ciento a una escala de 100 %. Esta imposibilidad de reducir instituciones del proceso a números justifica el uso de la lógica borrosa para poder representar situaciones de vaguedad y ambigüedad.

Hemos señalado que la lógica difusa, sin desaparecer ni desmerecer la lógica tradicional es más bien complementaria y que esa complementariedad (Taruffo, 2011) alude a que la teoría de los sets fuzzy puede interpretarse como una integración de la concepción de la probabilidad inductiva, dado que establece los atributos del razonamiento aproximado fundado sobre la inferencia entre nociones vagas y delinea la posibilidad de utilizar racionalmente nociones y valoraciones que sin la disminución de la indeterminación serían difícilmente significativas.(p.236) La importancia de la lógica borrosa en el campo de las leyes del pensamiento que son un eje del sistema de valoración racional o sana critica nos permite desarrollar con otra herramienta el razonamiento probatorio.

Que lógica usar entonces, y estimamos que cuando se hace referencia a la sana crítica o leyes del pensamiento, consideramos que comprende la lógica clásica de Aristóteles, también la lógica dialéctica Hegel, la lógica inductiva, la lógica difusa y la lógica deóntica en lo que pueda ser aplicable, y en esta linea nos adherimos a las ideas de Paul Feyerabend (1986) que dice que no existe un método único para conocer sino las que puedan ser aplicables. Se le ha acusado de anarquismo metodológico (p. 4), pero creemos que debe ser usada la lógica que permita realizar inferencias válidas.

CAPITULO VI

LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA EN EL RAZONAMIENTO PROBATORIO.

1. Introducción

El sistema de evaluación racional basada en la sana crítica se fundamenta en la lógica, la ciencia y los principios de la experiencia que deben ser implementados en la evaluación de la prueba. Las reglas de experiencia o sentido común son las que traen un conjunto de problemas no solo en su precisión conceptual sino en su aplicación en la casuística por lo que es necesario hacer un abordaje desde la doctrina, la epistemología jurídica para poder entenderlas, ponerlas en su justo nivel de tal forma que puedan contribuir en un razonamiento probatorio válido o correcto.

El mal uso de ellas en los fueros judiciales, tienen que ver con el traslado de creencias personales, sin base objetiva, que debilitan el requisito constitucional de motivación en las resoluciones de los magistrados. y van en contra de la finalidad del proceso de arribar a la verdad.

2. Aspectos conceptuales

En la historia de las máximas o reglas de la experiencia se hace referencia a Friedrich Stein como el autor de la definición de estas (Rivera, 2011, p. 251, Ubertis ,2017 p. 75), aunque se discute respecto del alcance de la enunciación propuesta por el jurista germano. Para llegar a su definición Stein (2018) sostiene que las máximas de experiencia no pueden ser meramente declaraciones acerca de sucesos individuales, ni tampoco juicios plurales acerca de una diversidad de eventos. (p.19) La idea de máximas es de generalidad, de frecuencias, lo que descarta definitivamente a acontecimientos individuales, y también no basta la pluralidad de sucesos. Stein (2018) también marca distancia afirmando que las reglas de experiencia nunca son evaluaciones sensoriales: no se refieren a ninguna realidad específica apreciable por los órganos receptores de las personas. (p. 19)

La pretensión de generalidad es el aspecto más debil de estas reglas sobre lo que nos ocuparemos más adelante.

La repetición es un elemento característico de las máximas y Stein (2018) hace referencia al camino emprendido para llegar a la previsión o expectativa de que algo sucederá (Erwartung) identificando a la inducción como método y que conforme se fundamenta en la experiencia de que, en una serie de casos, la condición y la consecuencia del juicio lógico están vinculadas de una forma específica, es necesario partir de lo que se observa en la mayoría de los hechos específicos o "casos comprobados". (p. 20) La serie de casos, y lo que mayormente sucede (probabilidad) es lo que permite vislumbrar comportamientos similares en otras situaciones arribando a su clásica definición (Stein, 2018) que las máximas se refieren a juicios hipotéticos de carácter general, desvinculados de los hechos específicos que se evalúan en el proceso, derivados de la experiencia, pero independientes de los casos particulares que se han inducido y que, por encima de estos casos, aspiran a tener validez para otros nuevos. (p. 23) Los juicios hipotéticos son actos del pensamiento en los que hay una suposición de que algo sucederá, como decir si en invierno dejas abiertas las ventanas te resfriarás o si tienes un paraguas evitarás mojarte si llueve.

Un ejemplo de juicio hipotético (Stein, 2018) es el de caballos de monta de cinco años y de buena salud, que suelen alcanzar en la ciudad un precio de venta de 500 marcos y la valoración no es entonces más que una conclusión de estas características, y la premisa mayor, muestra ya en su forma, que es una regla de la experiencia con origen en la visualización de numerosas ventas de caballos similares (p. 25) Siendo este un entimema habría que mostrar el argumento en base al ejemplo del jurista alemán. En un caso hipotético podríamos preguntar ¿Cuál es el valor de los caballos de monta que tienen diez años y están sanos? En la ciudad, los caballos de cinco años que se encuentran sanos cuestan alrededor de 500 marcos cada uno. Esa es la máxima, entonces la premisa menor, si tenemos un caballo de diez años la conclusión es que no pagarán 500 marcos, probablemente menos y si está enfermo no darán nada, pero si tenemos uno de cinco años y sano, entonces es probable que paguen los 500 marcos. Nos movemos en el plano de la suposición, en lo que sucederá, no tenemos la certeza de que pagarán realmente los 500 marcos, pues si esto fuese así estaríamos ante un juicio categórico y no hipotético.

Las máximas para Calamandrei (Rivera, 2011) son aquellas derivadas del legado intelectual del magistrado y de la conciencia pública, que servirán como premisa central para sus silogismos. Por ejemplo, la premisa de que la edad avanzada conlleva generalmente un debilitamiento de la memoria, le permitirá tomar en cuenta la deposición de un anciano como menos digna de crédito que la de un joven. (p. 252) Las máximas pueden ser parte del bagaje del juez en tanto el identifica estas regularidades y esta conciencia de la existencia de estas normas provienen de la sociedad, o lo que él denomina *conciencia pública.* Respecto de ese ejemplo habría que ver la alta probabilidad que las personas de la tercera edad tienen la memoria disminuida con relación a los jóvenes. Si bien intuitivamente podemos sostener esto, solo los estudios empíricos nos podrían dar más información para justificar la máxima.

Taruffo (2023) sostiene que la máxima no satisface una de las características del silogismo deductivo que es la generalidad de la premisa mayor (p.31) lo que hace es considerar que la premisa no proviene de una conclusión categórica, la que puede ser falible en el argumento donde se postula su rol de hecho base.

En una crítica a Stein, un juvenil Michelle Taruffo en su tesis de licenciatura realizada los 23 años (defendida en Pavía en 1965) y publicada con el título *Contribución al estudio de las máximas de experiencia* (2023) sostenía que la concepción del jurista estaba superada, pues si bien se reconocía a la inducción como el camino para construir esas reglas sin embargo subsistía el problema metodológico de la inducción en el conocimiento, y de la patente la imposibilidad para el juez, como para cualquiera de formular reglas de experiencia de valor cognoscitivo general que era la pretensión de Stein (p. 27). Este es un problema crucial: si la máxima como pretensión de generalidad puede tener la consistencia y fuerza para ser introducida como premisa mayor en la argumentación probatoria.

Las reglas de experiencia (Cohen, 2017) operan como suposiciones de sentido común, dictaminando lo que se espera normalmente. Sin embargo, en su aplicación a una situación específica, pueden ser rebatibles si se demuestra que son anómalas en algún sentido relevante. (p. 219) El sentido común o *common sense* ha sido tratado por el filósofo escocés Thomas Reid (1710 – 1796) quien estableció entre varios principios, como el que ningún ser humano actua al azar sino conforme

a hábitos y costumbres y otro que está referido a que la ocurrencia de los fenómenos de la naturaleza será probablemente semejante a cuanto haya sucedido anteriormente en circunstancias similares.[7] En epistemología (Otero y Gibert, 2014) se considera como la posibilidad de conocimiento a través de los sentidos y que esto es común entre todas las personas y otra definición es saber acumulado de la experiencia y que es propio del sentido común desarrollar opiniones compartidas con muchas personas. (p. 210) La idea de compartir tiene que ver con una conducta uniforme que les permite a las personas conducirse y esto emparenta con las máximas de experiencia. Pérez (2022) dice que la respuesta que ha trazado al problema de las máximas de experiencia más criticada ha sido en destacar que estas no pertenecen a la jurisdicción de la ciencia y la demostración científica, sino que pertenecen al ámbito social y convencional de las prácticas comunitarias. (p. 202) Esta es una de las formas de concebir las máximas, equiparable al sentido común, sin perjuicio de reconocer que estas también provienen de la ciencia, o tenidos como conocimiento comunitario pueden ser explicadas por la ciencia.

Las máximas para García Amado (2017) son proposiciones que acopian lo que generalmente sucede y que cualquier sujeto con una pequeña experiencia conoce que es esperable regularmente, aunque a lo mejor no sea definitivamente rechazable la excepción. (p. 79) Lo que dice García es que puede ser que no suceda, y efectivamente las regularidades son probables, y siempre existirá un margen para que no se den. Cuán alta es la probabilidad, implica que estas reglas sean sometidas a falsación, y la solidez de esta dependerá de la justificación probatoria que tenga la máxima. García dice que el hecho que el sol sale por el Este no es una máxima de experiencia, sino una verdad al alcance de todos y que, si será una máxima de experiencia el hecho de que, si una persona les asesta a otras cien puñaladas en tres minutos y con un cuchillo de medianas dimensiones, su voluntad es provocar su muerte (p. 79). El sol sale por el Este es una máxima que proviene de la experiencia, y que puede ser explicada científicamente, por lo que la fuente de estas reglas no se reduce a los comportamientos de los grupos humanos. Cuando se calienta el metal sabemos que este se dilata, y sometido a

[7] En philosophica.info/voces/reid/Reid.html. Recuperado el 27-09-2023

altas temperaturas se derrite, ya lo sabían los herreros de la edad media, obtenido por experiencia, y luego explicado por la ciencia.

Para Couture (Rivera, 2011) son reglas de valor general, desvinculado del caso particular y se formula de la visualización de lo que repetidamente sucede en cuantiosos casos, y que pueden aplicarse en casos similares (p. 251) Reglas generales extraídas de la experiencia y que ocurre en numerosos casos, entonces tenemos que la idea de repetición está presente y que la esencia de las máximas es lo que sucede con frecuencia.

En la postura de Stein, Contreras (2015) también considera que las máximas son juicios hipotéticos inductivos que se formulan a partir de la verificación de la regularidad con la que se dan los sucesos y que las reglas, con el devenir de la historia, irán cambiando y en distintos lugares tendrán un contenido diferente, porque la regularidad depende de la evolución del hombre (p. 144) Como juicio hipotético es relacional a partir de los eventos reiterativos o regulares, coincidimos con Contreras que estas variaran dependiendo de los cambios en el comportamiento de la gente, aunque el termino desarrollo que se puede interpretar con avance, en realidad a pesar de la modernidad o pos modernidad, el hombre involuciona y va adoptando comportamientos propios de la barbarie, sino veamos la guerra contra Ucrania.

En un trabajo donde plantea repensar sobre las reglas de experiencia Limardo (2021) expone diversas concepciones, incluyendo las que afirman ser equivalentes a las reglas de la sana crítica, y las que las consideran meramente como normas de criterio o juicios generales, que pueden implicar conocimientos técnico-científicos especializados, las que las equiparan invariablemente con los conocimientos científicos y las que sostienen una relación género-especie entre ambos. (p. 124) Desde la postura de Stein que las consideraba como juicios hipotéticos que funcionaban como deducción, hay otras que consideran que son generalizaciones empíricas, y contextuales. En el caso de Zuckerman (2020) sostiene que las máximas pueden estar informadas por presupuestos que pueden asumirse solo en alguna sociedad en particular, o que son compartidos solo por personas con un bagaje semejante, o que se forman como resultado de experiencias particulares y consecuentemente, muchos de los presupuestos

empleados en el razonamiento de sentido común son relativos a un determinado tiempo, a cierto lugar, y al bagaje y experiencias del investigador (p. 89) La idea que la máxima es contextual, y que son reducibles a un lugar y tiempo determinado, y está en la base de estas generalizaciones empíricas. Ahora la idea de generalización es la que también pone el acento Taruffo (2023) quien si bien afirmaba que las máximas experiencia eran el fruto de una serie discreta y finita de observaciones y que a veces se usa expresarla en términos de generalidad, este es un uso erróneo en cuanto le atribuye a la máxima un carácter que no le es propio. (p. 32) La generalidad aludida no es la que se utiliza como premisa mayor y surgida de la deducción, sino que es propia de un método inductivo, y si bien las leyes científicas representan generalizaciones estas se basan en evidencia empírica fuerte.

Las máximas de la experiencia son afirmaciones descriptivas susceptibles de veracidad o falsedad (González, 2020), cuyo fundamento es empírico y se alcanzan mediante razonamientos generalizadores a partir del análisis de casos específicos. Estas son esenciales para correlacionar los hechos probatorios y los hechos que se deben corroborar, funcionando como premisas de la inferencia probatoria, no como criterios metodológicos de racionalidad. (p. 421) Esto nos trae a colación la vieja distinción entre enunciados descriptivos y los preceptivos. Las máximas están en el campo de la descripción pues expresan las regularidades que se dan en los casos, lo que se da frecuentemente entonces la cuestión es, si las máximas las describen correctamente, y si pueden ser usadas en la argumentación jurídica.

Para Ubertis (2017) las máximas de experiencia son enunciaciones generales obtenidas a partir de la observación de sucesos pasados y que pueden ser formuladas por cualquier persona de mediana cultura (p. 75) Las máximas están relacionadas a los comportamientos de las personas, sus reacciones frente a estímulos sociales. Si bien es contextual y responde a la cultura de grupos sociales y es de objetar que Ubertis reduzca la producción de las máximas a los grupos de *mediana cultura*, excluyendo a otros grupos sociales que sin los conocimientos del mundo occidental puedan expresar regularidades, como las comunidades nativas o los pueblos de la periferia, desconectados del centro, que interactúan conforme

a sus creencias y a su cultura. El comportamiento erróneo culturalmente condicionado puede ser la expresión de máximas de experiencia.

En un trabajo posterior Tuzet (2021) distinguiendo entre ley científica y las máximas afirma que estas son reglas generales derivadas de la apreciación de eventos del pasado a diferencia de la ley científica que aun probabilística, se la identifica por su alto rigor crítico y por su fundamento matemático y estadístico que son características que no tienen las máximas. (p. 173) Desde la probabilidad es de considerar que la ley científica ha sido sometida a verificación o confirmación, por lo que comparativamente tiene mayor rigor, mayor exactitud a diferencia de las máximas. Para Ferrer (2021) las reglas de experiencia incluyen leyes de la ciencia, saberes técnicos, o meras abstracciones del sentido común (p. 96) Igartua (2018) indica que hay un amplio y diversificado espectro de criterios inferenciales, dentro del cual se distinguen dos familias: las derivadas de los conocimientos científicos y las de sentido común. Estas últimas comprenden, además de generalizaciones plausibles, valoraciones morales y prejuicios, refranes de la sabiduría popular, restos de recuerdos escolares, ideas propagadas por los medios de comunicación y vulgarizaciones científicas. (p. 45) Esto último nos permite afirmar que son dos fuentes de génesis de las máximas, una formada por la estructura social y otra por la ciencia. También Taruffo (2008) coincide con esto pues afirma que, desde una perspectiva más amplia, algunas veces, las reglas de experiencia constituyen la traslación de leyes científicas en el contexto del sentido común y de la cultura media. Bajo la condición de que la vulgarización de la ley científica no haya alterado su sentido, la máxima puede ser equiparada a la ley científica y empleada como ley de cobertura de la inferencia causal. En otras instancias, la regla de experiencia articula en lenguaje común frecuencias estadísticas de un nivel excepcionalmente alto y se alinea con abstracciones empíricas de alta probabilidad. (p. 269). La inducción está presente en la formulación de máximas, como método para construir la regla general, pues el comportamiento de las personas de forma similar no responde a que conoce el método inductivo, sino que este permite identificar los sucesos o eventos repetitivos. El concepto de popularización de las leyes científicas o divulgación de dichas leyes se manifiesta en las actividades diarias de los individuos, pues el común sabe por ejemplo que una manzana que se desprende de un árbol cae al suelo, explicado científicamente por Newton en su ley de la

gravedad, o que si pone la mano sobre fuego en una reminiscencia de las ordalías, se va a quemar, siendo la explicación la transferencia de calor a la piel que hace de conductor térmico produciéndose la desnaturalización de las proteínas y de los tejidos.

¿Cuáles serían los elementos comunes de las máximas? Rivera (2011) sostiene que son los siguientes:

- Juicios, o valoraciones que no se refieren a los hechos del procedimiento, con valor propio e independiente y que tienen un contenido general, que confiere a la apreciación de la evidencia una naturaleza lógica.

- Juicios autónomos que se originan a partir de hechos singulares y recurrentes, nutridos por la vida social, y surgiendo a través del proceso inductivo del magistrado que los aplica.

- No se originan ni se extinguen con los hechos, sino que conservan validez para hechos subsiguientes.

Las inducciones se manifiestan en la regularidad o normalidad social, lo que implica una norma que puede ser utilizada por el magistrado para un hecho análogo.

Las máximas no son de carácter universal sino contextuales, dado que emergen de las interacciones sociales y abarcan toda la experiencia personal del magistrado. (p. 252)

Algunas de estos elementos pueden verse en máximas que se originan en la ciencia o que son explicadas por ella, pero Rivera hace más énfasis en las que se originan de las prácticas comunitarias o sociales.

Las experiencias personales, y las creencias que las acompañan (Zuckerman, 2020), están moldeadas por factores como la clase, el género, la edad, la etnicidad, la nacionalidad o la religión por lo que existe mucha variación entre las máximas de la experiencia que ciertos grupos e individuos diferentemente situados emplean para llegar a ciertas conclusiones a partir de las pruebas disponibles de allí que exista un factor de subjetividad en el razonamiento sobre los hechos (p. 89) Aquí vemos que se alude a la fuente social como generadora de máximas, y valgan verdades es lo que más se utiliza en la jurisprudencia y son las que generan la

mayoría de yerros en la argumentación. También se hace referencia a la fuente como son las prácticas sociales en los (Pérez, 2022) que la repetición, la regularidad o el hábito son sus elementos constitutivos de y que las máximas son definidas muchas veces como meras repeticiones. (p. 195) Es parte de la naturaleza de los grupos humanos la repetición de comportamientos, guiados de pronto por la costumbre, de allí que este fenómeno observable es lo que permite construir las máximas. En esta misma concepción Cohen (2017) sostiene que, durante la vida, tácitamente la mayoría de la gente apela a números enormes de tales generalizaciones acerca de las intenciones humanas, las actitudes, las emociones, o las acciones y sobre numerosas materias, puesto que hacen muchísimas de tales inferencias de una proposición singular a otra. (p. 219) Esto confirma que las máximas de fuente social están teñidas de subjetividad que son las que fundamentan las regularidades.

¿Las máximas deben ser demostradas intra procesalmente? Pues la respuesta del CPP es negativa. Limardo (2021) respecto de esta postura dice que es una mirada que parece asumir que es una transversalidad, una notoriedad parcial de un conjunto de reglas que constituyen la vivencia o saber de la gente. (p. 124) El CPP (Art. 156.2) prohibe probar las reglas de sentido común. Si esto es asi, se le da carta blanca a los jueces para que utilicen una máxima sin mayor soporte empírico, o debil, o subjetiva, como premisa mayor en una inferencia probatoria. Si la máxima invocada no tiene una alta probabilidad de ser verdadera, entonces nos encontramos ante una inferencia que será errónea en su conclusión como el caso de la trusa roja, donde se puso como máxima de experiencia que toda mujer que en una cita con un hombre llevaba una trusa roja con encaje era que estaba dispuesta a tener relaciones íntimas consentidas, por lo que no puede probarse que es víctima de ultraje sexual. Si bien es de admitir que en el trámite penal es materia de controversia los fácticos de la imputación o las hipótesis de la defensa, no es admisible que se genere allí un debate sobre una regla de experiencia porque estas recién se explicitan en la sentencia sin embargo estas deben ser justificadas si van a ser utilizadas en el juicio de hecho, y también pueden hacerlo los jueces de apelación.

3. Estructura lógica de las máximas

Las reglas de experiencia según el profesor colombiano Orión Vargas (2019) son implicaciones lógicas que permiten construir inferencias empleando diversos tipos de razonamiento de la forma A -> B. Si un evento se presenta, entonces (por lo general) otro evento se presenta (p. 62). Estamos frente a una generalización sustentada en la experiencia y el profesor colombiano Vargas pone como ejemplo la observación de una persona que se encuentra enyesada y que permite realizar una inferencia es decir el camino que se sigue para arribar a una conclusión, formulando la regla general que si una persona tiene un yeso que cubre su brazo, podemos concluir que probablemente se ha fracturado. Hay un margen de error pues la conclusión no es categórica, y la única forma de confirmar la fractura es con mayor soporte epistémico, por ejemplo, una radiografía en la que se verifique la lesión.

La máxima opera como proposición mayor en la argumentación probatoria y que es construida en base a la inducción. Vargas (2019) elabora al respecto el siguiente esquema:

> "La generalización (…) A-> B permite unir el hecho indicador (A) con el hecho indicado (B) de la forma descrita en el caso de la lesión[8] (esguince o fractura). En el razonamiento inductivo se parte de un hecho indicador (el yeso que usted observa) para llegar a un hecho indicado (que es la probable lesión). El paso desde el hecho indicador (presencia del yeso) hasta el hecho indicado (la lesión) se lleva a cabo empleando una generalización (G) o regla de experiencia". (p. 63)

La estructura lógica de la máxima (Limardo, 2021) comprende al antecedente del enunciado que se compone de una condición específica (P) y el consecuente se compone de una propiedad vinculada de manera causal a la confirmación de dicha condición (Q). Por lo tanto, su estructura lógica puede ser articulada como «Si P, entonces Q». Estas proposiciones que adoptan esta forma han sido identificadas por la lógica como condicionales. (p. 126) Esta forma de describir la estructura de las máximas implica que es en el enunciado antecedente donde debe reflejarse la regularidad . Irving Copi (2001) da un ejemplo como para poder entender a Limardo, y dice: "Si a todos los gatos les gusta el hígado y Dina

[8] Una persona tiene un yeso en una de sus extremidades entonces ha sufrido una lesión.

es un gato, entonces a Dina le gusta el hígado" (p. 31) La oración todos los gatos describe una generalidad propia de las máximas, entonces si tenemos a un gato, entonces a este le gustara el hígado. Esto no podrá funcionar como deducción pues dice Copi (2001) que un condicional no afirma que su antecedente sea verdadero o que su consecuente lo sea; sólo afirma qué si su antecedente es verdadero, entonces su consecuente es también verdadero, o sea, que su antecedente implica su consecuente (p. 31) Esto nos obliga a precisar que si el enunciado condicional es verdadero, y hay fuertes razones epistémicas para llegar a esa conclusión, entonces si probamos que a un gato no le gusta el hígado entonces la generalización que compone el enunciado condicional es falsa, y también la propia validez de la inferencia.

La necesidad de la constatación empírica (Limardo, 2021) en el contexto del enunciado, tenemos que tanto el antecedente como el consecuente están relacionados por una implicación causal, lo que implica que la relación entre ambos debe ser investigada empíricamente. Estos elementos están compuestos por datos o afirmaciones sobre la realidad, lo que permite referirse a ellos como enunciados fácticos condicionales que pueden ser evaluados como verdaderos o falsos. (p. 126) La realidad es la que determina la solidez de la inferencia inductiva que concluye en una regla de experiencia y como sentencia Limardo, (2021) la correlación expresada en un enunciado de esta clase nunca puede ser absoluta, infalible o exenta de toda excepción, aun a futuro (p. 126) y esto porque simplemente estamos frente a la inducción cuyas conclusiones no son categóricas o absolutas, sino probables

En el modelo (González, 2005) propuesto por Toulmin las garantías están conformadas por máximas de experiencia y presunciones, y la máxima es un enunciado que representa una reiterancia que armoniza los hechos probatorios con la conjetura. (p. 85) Además establece un grado de probabilidad causal suficiente, por lo que podemos advertir que las máximas responden al resultado del método baconiano.

Las generalizaciones (Gascón, 2004) que sirven de base a una inferencia inductiva en el campo judicial son leyes causales de la clase: Si se da *A entonces sucede B* y que ese *entonces* es lo que hace razonable inferir de un caso específico

del antecedente un caso singular del consecuente, sin embargo, no son precisas pues pueden ser contradichas cuando no se da en el caso concreto las condiciones para su correcta aplicación. (p. 175) Inducción, conclusión no categórica, y posibilidad de no ocurrencia en una situación aparentemente análoga.

En relación con el juicio de hecho en la doctrina (Taruffo 2023) se señala que ha prevalecido la teoría según la cual la estructura sería la del silogismo, pues la máxima es la premisa mayor, o la experiencia del juez, su *conocimiento privado,* la proposición menor en el hecho concreto y lo que inferencialmente se concluya sería el juicio sobre lo fáctico. (p.29) Se nos describe que la máxima puede ser la experiencia personal del juez, por lo que no salimos de la idea de regularidad, o frecuencia, y también de su conocimiento, lo que al fin y al cabo no interesa la fuente, sino la consistencia epistémica de la regla, eso es lo sustancial, que tan fuerte es para ser la base de una inferencia probatoria, es donde radica el principal problema

4.Funciones de las Máximas de Experiencia

Una de las funciones de las reglas es describir regularidades en el comportamiento humano, frecuencias, y que pueden ser empleadas como premisas mayores en el razonamiento probatorio.

Las máximas tienen una función heurística (Rivera, 2011) pues es un mecanismo ideal para fabricar hipótesis, coadyuvan en la edificación de relatos posibles concernientes a los sucesos del proceso y además tienen una función epistémica como instrumentos de conocimiento (p. 251) La idea de función heurística es que estas permiten construir hipótesis desde una lógica abductiva y los datos que se obtengan para demostrar la hipótesis como premisa para el razonamiento probatorio.

Rivera (2011) siendo más específico dice que las generalizaciones de la experiencia pueden servir:

1. Para evaluar como una persona pudo o no ver un suceso a menos de doscientos metros.
2. Para poder determinar qué elementos facticos están excluidos del proceso, a través de hechos no directos y la existencia de indicios.

3. En todo lo que tiene relación con la conclusión de inexistencia de un evento.
4. En la formulación de la decisión judicial definitiva.
5. Para incorporar definiciones legales y aclarar el uso de ciertos términos, como el concepto de buena fe. (p. 251)

La primera regla busca establecer si el medio de prueba como un testigo lo permiten y el contexto del hecho también lo permite. Podemos tener un testigo en perfectas condiciones físicas pero el lugar del suceso estaba oscuro, o al contrario el lugar era claro por ser de día, pero el testigo tiene problemas de visión como una miopía.

La segunda regla tiene que ver con la prueba indiciaria como método probatorio demostrando en principio los indicios para por una inferencia concluir en la materialidad de un suceso desconocido.

La inmaterialidad de un suceso según la tercera regla exigiría un esfuerzo para poder demostrarlo lo que desde ya podemos estar en el escenario de prueba difícil o diabólica. La inexistencia de un hecho viene por ejemplo aplicando reglas deductivas como el caso de coartadas donde el presunto autor refiere que no estuvo en el lugar del crimen porque a esa misma hora estaba con unos amigos. Si logra probar que estuvo en otro sitio, en la misma hora, al no tener la virtud de la ubicuidad, la conclusión lógica es que no estuvo en el lugar del crimen.

La cuarta regla señala que contribuye en la motivación de la sentencia en el sentido que se tienen que dar razones o justificaciones a la decisión judicial y por ser una garantía para las partes involucradas en el caso.

La quinta regla señala que las máximas sirven para precisar instituciones legales como la buena fe. Lo que sucede es que las normas tienen supuestos fácticos razón por lo que, para probar la existencia en la realidad, un medio para la reconstrucción son las máximas.

No todas las máximas derivadas de la experiencia poseen el mismo valor epistemológico (Rivera, 2011) para sustentar un razonamiento. Algunas normas de la experiencia se apoyan en generalizaciones que pueden considerarse válidas, ya que reflejan cómo ocurre un determinado evento en la realidad. Estas

generalizaciones tienen su fundamento no en la percepción directa de los fenómenos que describen, sino en las leyes científicas o naturales que los explican. Aunque algunas de estas generalizaciones pueden surgir de la experiencia directa, si una persona carece de conocimiento científico, solo podrá articular su experiencia a partir de repeticiones. (p. 253) La idea de repetición está en la base de las reglas de experiencia que no solo tiene que ver con comportamientos sociales, sino que provienen de la ciencia

La máxima es el elemento que actua (Taruffo, 2023) en el sentido de conectar más directamente el contenido intrínseco de la prueba con el hecho al que esta va dirigida (p. 59) Lo que afirma Taruffo hay que concebirlo en el sentido que la máxima es lo que permite conectar la prueba con el hecho, como una suerte de garantía, como un reforzamiento de la argumentación respecto de algún caso en concreto. La máxima desde nuestra posición no puede por si sola ser el soporte para la demostración de hechos controvertidos.

5. Problemas de las Máximas

La máxima de experiencia es un enunciado que debe operar como premisa mayor, entonces esto nos trae el problema de cómo construir correctamente estas máximas, pues ya advertimos que tienen un margen de error, pues sus conclusiones no son categóricas como si pueden ser las que surgen a partir del razonamiento deductivo.

Nieva (2010) dice que las máximas suelen ser mencionadas de manera general, funcionando como una especie de fórmula estilística que elude cualquier otro tipo de análisis. Su significado se reduce a una referencia a un imaginario colectivo, considerado como un ejemplo de consenso social o científico sobre lo que comúnmente sucede. (p. 211) Esta apreciación compartimos pues en la jurisprudencia se citan como si fuesen leyes científicas incontrovertibles, o irrefutables, sin mayor sustento empírico, y como entimemas, sin una explicación de cómo se origina la máxima, y esto tiene que ver que en la legislación procesal peruana se dice que las máximas no son objeto de prueba, pero si de una justificación ya que los jueces están obligados a motivar y explicar el uso de estas generalizaciones. Nuestra sugerencia es que solo debería usarse como refuerzo

en la argumentación y si no se está claro respecto a la solidez de la regla, no utilizarla. De allí que con razón Pérez (2022) sostenga que se apela a máximas de experiencia porque parecen razonables, de sentido común, evidentes o palmarias lo que da pie a que se sientan exentos del deber de justificarlas. (p. 187) Lo que consideramos que es un absurdo y más bien abre las puertas para que postulen como máximas reglas disparatadas.

En lo que respecta a la debilidad de las máximas (Limardo, 2021), se enfatiza que la teoría juridica pone atención en su volatilidad, postulando que no son inalterables ni necesariamente evidentes, sino que, por el contrario, fluctúan constantemente en función del tiempo y del espacio, debido al nivel cultural y las características de los individuos en cuyo contexto social nos hallamos. (p. 124) No hay máximas de experiencia, por lo menos sociales, aplicables de forma similar en Lima y en Iquitos, solo para referirnos a un contexto cultural y geográfico.

En algunas ocasiones (Pérez, 2022) para formular las máximas se recurre a las tramas o argumentos más familiares en una comunidad o cultura, pero que una historia repetida no es por ello una historia verdadera (p. 185) No deja de tener razón Pérez, pues una narración, una repetición trasmitida oral o escrituralmente no necesariamente es verdadera, de allí que se exige mayor profundidad en la observación de los casos particulares para la formulación de reglas de experiencia. Sería en todo caso una fuente a tomar en cuenta.

La vaguedad es otra característica de las máximas (Taruffo, 2011) pues la conceptualización del conjunto difuso es difícil cuando la cuestión no es precisar los contornos de una opinión subjetiva, sino señalar situaciones, hechos o repeticiones. Las reglas en el escenario de juicio valorativo son difusas o ambiguas en razón que representan abstracciones de sentido común y no generalizaciones científicas por lo que es difícil pensar, una demarcación cuantitativa tolerable de nociones que tienen la tendencia de manifestar genéricamente lo que el común de las personas estima como normales o se espera que se de en la mayoría de los casos. (p. 235) La lógica difusa de Lofti Zadeh a la que acude Taruffo se sale de los parámetros de la lógica clásica porque estima que no es suficiente predicar verdad o falsedad de un enunciado, sino que en situaciones de incertidumbre se puede representar grados de verdad intermedios entre verdadero y falso. Este

problema de vaguedad y propensión al error como sostiene Pérez (2022) aun asi, inspiran a los jueces una seguridad plena y se abstienen de cualquier justificación y en el razonamiento probatorio se le califica como notorio pues es reconocida por los participantes de una cultura o practica social. (p. 185) Existe una norma procesal en el CPP que dice que las máximas no son sujetas a prueba, y se le equipar al hecho notorio que no merece ser probado. En todo caso los jueces deben tener una certeza de que la máxima que es una regla social es repetitiva y con poco margen de error, de allí que deben extremar su conocimiento para usar las máximas. Corresponde a la parte afectada con la máxima a cuestionar si esta es una generalización sólida.

La misma fuente de las máximas que es la experiencia común (Taruffo, 2008) genera dudas que sea idónea para desarrollar de manera inductiva generalizaciones que posean una estructura lógica y un contenido cognitivo que sea, por lo menos, comparable al de las leyes científicas, ya sean generales o casi generales. (p. 268) Consideramos que las máximas sociales por lo menos no pueden ser de la misma robustez que tienen aquellas que provienen de la ciencia, puesto que intuitivamente podemos afirmar que hay una mayor probabilidad de error en aquellas que se originan de la observación del comportamiento de grupos humanos que no necesariamente mantienen el patrón por siempre, pues siempre habrá posibilidad de cambios, por lo que nos coloca en un terreno pantanoso.

Uno de los problemas de las máximas es el campo de aplicación, ya que no pueden concebirse como leyes universales. Contreras (2015) dicen que los jueces tienen la facultad de incorporar a determinados enunciados que no reflejen un conocimiento generalmente corroborable, sino que se han formulado a partir de eventos ocurridos en una cantidad limitada de casos o escenarios aislados y son los que han sido conocidos por el magistrado. Por lo tanto, dichas supuestas reglas únicamente facilitarán la explicación de una mínima porción del espectro de situaciones posibles y, como medida de precaución, no se permite su uso para el examen de todas las situaciones similares. (p. 351) Esto nos lleva al conocimiento personal o privado del juez que puede creer que hay un comportamiento repetitivo de las personas que pueden estimarse como regla general, y aplicarlas al caso concreto. Esta observación del juez de frecuencias en escenarios reducidos fractura el proceso de formulación de una generalidad que solo existe en su

imaginación, o es construida por informaciones sin mayor sustento empírico. El caso de la trusa roja[9] con encajes puede ser una forma de ejemplificar esa distorsión. En el imaginario femenino el consumismo, los mass media, el marketing, las marcas de ropa íntima, han alimentado las estrategias de seducción con el uso de prendas llamativas para atraer a la pareja soñada, y probablemente alguna dama persuadida por esas ideas, las aplicó y de pronto le dio el resultado esperado, (téngase presente que estamos especulando), pero a partir de eso, construir una "máxima" de que toda mujer que se pone esa prenda es para intimar sexualmente, es lanzarse al precipicio del razonamiento ilógico. Este fue un caso particular, pero esa misma forma de construir máximas de lo más improbables, está plagada la jurisprudencia nacional, por lo que es mejor evitar en lo posible su uso, si es que no hay una potente justificación epistémica.

La Corte Suprema no ha escapado a estas pretendidas máximas que en realidad son generalizaciones espurias que no tienen base estadística y fáctica como las denomina Frederick Schauer (2003, p. 7) y tenemos en el RN Nº 300-2021, Cusco donde se afirma que por máxima de la experiencia se sabe que muchas veces los testigos de las defensas son de favor y que sus documentos resultan falsos. La afirmación "muchas veces" es propia de la probabilidad, sin embargo, esta regla golpeó la sensibilidad del gremio abogadil que salió a protestar con justa razón solicitando una rectificación y la Corte Suprema el 21 de noviembre del 2021 en un comunicado, tuvo que presentar sus excusas por la infortunada cita y sostuvo que en realidad lo que quiso destacar fue que la defensa podía tachar testimonios por falta de capacidad o imparcialidad de los testigos, y documentos por falsedad o nulidad. Es de valorar la rectificación realidad por el máximo órgano de justicia del país, por el uso de una regla que no tiene mayor soporte epistémico y que nació probablemente de una especulación que tiene mucho de subjetiva.

La subjetividad este presente en estas máximas, y la mente se puede imponer sobre la realidad. Pérez (2022) dice que cuando los jueces afirman que varias

[9] El raciocinio descrito en el considerando 35 fue que llamó la atención del colegiado que los peritos que examinaron a la víctima coincidieron en aseverar que es tímida pero viste prendas interiores como la descrita por la bióloga forense que es una trusa de color rojo con encaje en área delantera, y blondas y advierte la contradicción en que siendo una mujer tímida use esa clase de prenda íntima que tuvo el día suceso ya que usualmente esa ropa interior se usa para tener intimidad por lo que en este caso se presume que la víctima estaba presta a tener sexo con su atacante. Juzgado Penal Colegiado de Ica.

pruebas apuntan en una determinada dirección, se dejan llevar por inclinaciones subjetivas apelando a máximas que se pueden llamar sociales y donde no se apelan a la ciencia sino a su aprendizaje social, su propia biografía o su experiencia personal. (p. 77) Las máximas proceden de la ciencia, y de la experiencia cotidiana de las personas que se convierte en la justificación epistémica de estas reglas, el peligro es interpolar una creencia sin apoyo epistémico y convertirla en una regla de experiencia, es decir en una suerte de solipsismo de Berkeley que sostenía "esse est percipi"[10] como expresión de la corriente idealista subjetiva en el plano del conocimiento.

En la línea de reconocer a la inducción como base de las máximas de experiencia Ubertis (2017) asevera que la generalización realizada se obtiene a través de la identificación de los caracteres «comunes» presupuestos como presentes en acontecimientos pasados asumidos como datos de partida con la exclusión o no valoración precisamente de aquellos casos que podría desmentir esa generalización y la absolutización de los elementos iniciales, en defecto de un acuerdo sobre su elección, no puede evitar el riesgo de que sea refutada por al menos otra máxima de experiencia que puede ser opuesta (p. 76) Este es el riesgo de la construcción de máximas que aparezca su contraria, la que puede tener aplicabilidad en otro contexto, o podemos arribar a la conclusión de que nos encontramos ante dos reglas falsas.

Los partidarios de la inmediación tradicional (Pérez, 2022) ponen de relieve hoy la presencia del juez con el fin de captar manifestaciones del lenguaje no verbal y que suelen describir este labor en los jueces no como un trabajo consistente en razonamientos e inferencias de carácter activo sino como una tarea pasiva de captación de observaciones y percepciones (p.113) La concepción de la inmediación a partir de la gestualidad del testigo, es propio del uso de máximas de experiencias sin mayor sustento empírico, pues se infería que un testigo que declaraba temeroso no decía la verdad, o si no miraba de frente algo ocultaba, o si no presentaba ninguna emoción perceptible era una persona calculadora. Esta forma de entender la inmediación de forma subjetiva e irracional está siendo dejada de lado gracias a la contribución de la psicología que tiene como objeto de análisis

[10] Ser es ser percibido

el testimonio, y que pone como centro de atención no al testigo sino al testimonio que ha brindado.

Las reglas de sentido común comparten el mismo fundamento inductivo (García, 2017) o lo que cualquier juez habrá visto y oído múltiples veces, habrá comprobado o sabido que otros comprobaban que quien tiene en su casa una cantidad importante de cocaína no la acumula para drogarse, sino para traficar el narcótico, y por esa razón, inductivamente se construirá la premisa mayor de un juicio deductivo posterior. Pone el siguiente ejemplo: 1.-Todo el que tiene un kilo o más de cocaína lo tiene para comerciar con ella. 2.- A tiene un kilo de cocaína. 3. A la tiene para comerciar con ella. Si mediante prueba en contra no se refuta la verdad de (1), mostrando que este caso presenta una excepción, y sentado que sea verdadero lo que en (2) se afirma, será razonable que el juez concluya así, que A tenía la cocaína para comerciar con ella. (p. 80) En este ejemplo de García apreciamos el camino más extendido del razonamiento probatorio, primero la observación de casos directa, o indirectamente percibida por información de terceros, en una suerte de testigo de oídas, para construir a partir de allí la máxima, siguiendo la ruta inductiva, para luego ser empleada en un caso concreto como premisa mayor usando en este caso en el método deductivo, de allí que el uso de ambos son útiles en el razonamiento, y también la abducción para formular hipótesis sujetos a futura constatación.

6. Máximas contradictorias

Pueden existir reglas de experiencia contradictorias pues pueden ser resultados de observaciones y regularidades y serán distintas por los datos de los que se originan. Taruffo (2008) dice respecto a esto, si dos máximas se refutan el magistrado debe sopesar cuál es más atendible y si concluye que ninguna lo es, sugiere que el juez debe verificar comprobar minuciosamente el posible sustento epistémico de la máxima, rechazándola eventualmente y empleando alternativamente otras hasta que pueda identificar firmemente en los enunciados que acoja sobre una sustento colectivamente compartido (p. 270) Lo que propone Taruffo es que el juez desarrolle una profilaxis de las máximas para erradicar la que tenga menos soporte epistémico y la pregunta es como hará esto el juez, observando, esto es poco probable, solicitando mayor información a sus pares en

una especie de comunidad que tiene que aceptar o no la máxima, establecer la naturaleza de las regularidades, en que contexto se dan estas, y hacerlo con ambas máximas, fijar una probabilidad de error, y si continúa y a pesar que concluya que en una suerte de preponderance evidence una pese más que la otra, la conclusión más sana es que rechace a ambas.

Limardo (2022) pone el ejemplo donde para examinar la credibilidad de una persona, un litigante podría postular la generalización "las personas que declaran bajo juramento suelen decir la verdad". Sin embargo, la contraparte o el magistrado podría adoptar la premisa que sostiene que "la coherencia del relato suele ser indicador de veracidad", fundada en que la psicología del testimonio proporciona garantías más robustas para la evaluación. En la fase recursal, el magistrado podría considerar que una generalización apropiada es que estipula que "las personas con antecedentes penales por falso testimonio no suelen ser veraces". (p. 141) Entonces aquí tenemos tres máximas contradictorias, las que deben ser sometidas a una mínima contrastación. El juramento no es ninguna garantía de veracidad, pues tenía sentido cuando los cristianos juraban y tenían que decir la verdad por temor a ir al infierno. La coherencia per se no puede demostrar con alta probabilidad que han sido probado los hechos, pues esta si bien puede ser verosímil, puede que no tenga asidero en la realidad y el testimonio de alguien procesado por falso testimonio pone en cuestión la credibilidad del testigo, por lo que hay que acudir a las fuentes de corroboración de dicho testimonio que tampoco prima facie debe ser descartado.

7. Precauciones para formular máximas de experiencia

Habiendo tenido unos ejemplos de lo más ilógicos, subjetivos de máximas espurias, la necesidad de evitar errores en su formulación nos lleva a establecer algunas pautas para no caer en estas. Igartua (2018) sostiene que las máximas como generalizaciones tienen muchas excepciones debido a la variabilidad de su base empírica y la tasa de regularidad observada, no están recogidas en un texto ni se sabe quién las formuló, por lo que se recomienda que hay que prescindir de las “máximas” que contradigan algún conocimiento científico o sean incompatibles con otras máximas o que no sean reconocidas como tales. (p. 66) Este consejo

debe ir dirigida no solo a los jueces sino a los fiscales, reconociendo que son los órganos jurisdiccionales quienes tienen la potestad de decidir o resolver.

Una manera cuestionar una supuesta regla de experiencia (García, 2017) es destacar que su fundamentación inductiva falla y que la vinculación entre dos fenómenos que se sostiene de esta manera no es normal y absolutamente frecuente. Por ejemplo si un juez pretendiera asentar su juicio en la máxima de experiencia que todo el que no va a misa es porque cree en el diablo, podría fácilmente contradecir esto y que no estamos ante una conclusión derivada del conocimiento habitual y de la experiencia común, sino ante el resultado de un prejuicio de ese juez (p. 80) El prejuicio pues puede estar asentado en estereotipos que contribuyen en la discriminación y es un juicio preconcebido con base irracional que dificultan una valoración objetiva de cualquier fenómeno probatorio.

En la doctrina se advierte (Rivera, 2011) que un pésimo manejo de las reglas de sentido común puede llevarnos a cometer errores por lo que se propone algunas pautas para evitar el error como son las siguientes:

1. No darle valor por no estar fundadas en conocimiento científico válido

2. Si un criterio está constituido en términos abstractos, es suficiente un solo caso contrario para probar que no es veraz.

3. No es válida si entra en contradicción con una ley de la ciencia verificada rigurosamente.

4. Si es refutada por otras reglas, la decisión no puede fundarse en la cuestionada regla. (p. 254)

Respecto de la primera regla hemos considerado que las máximas pueden nacer de la ciencia, pero también originarse en pseudos ciencias como la astrología como la conducta de una persona está determinada por la posición y movimiento de las estrellas en el momento del nacimiento. La segunda regla recoge un elemento sustancial en las máximas que es la generalización, por lo que un caso en contrario, lo que hace poner en evidencia es su debilidad como tal, la que la convierte en inaplicable y no puede sostener una premisa mayor en el razonamiento inferencial. La tercera guarda relación con la primera, porque es obvio que, si contradice a la ciencia que ha sido verificada, no puede ser admisible como máxima

y la cuarta, es que, si se han formulado máximas contradictorias, la pone en cuestión no solo a ellas sino a las que la contradicen por lo que no se debe optar por ninguna.

Sobre el vínculo de las máximas con la ciencia Tuzet (2021) dice que podría pensarse que la diferencia entre unas y otras radica en el hecho de que mientras las máximas solo permiten inferencias abductivas generando por ello conclusiones solo probables, las leyes científicas habilitan deducciones y conclusiones ciertas. (p. 172) La diferencia que me parece sustancial es el grado de apoyo epistémico que tiene la ciencia y por el sometimiento a verificación y contrastación y que puede ser controlable, mientras que las máximas provienen de la recurrencia a partir de multiplicidad de casos.

8. **Método para formular máximas de experiencias**

Para la formulación de máximas (Taruffo, 2023) se considera el uso de la lógica inductiva que, si bien padece de críticas cuando de lo particular se va a lo general, ofrece instrumentos útiles en la parte relativa de lo particular a lo particular, es decir la inferencia que lleva de uno o más hechos particulares conocidos a otro hecho particular ignorado. (p. 33) Parece aludir Taruffo al tránsito de la prueba por indicios, en la que, de un hecho probado, el indicio, se llega a concluir la existencia de un hecho desconocido o ignorado, pero lo que permite pasar de uno al otro es la inferencia que se apoya en una máxima de experiencia. Ahora es mayoritaria en la doctrina que considera que el método inductivo es el ideal para construir la regla de experiencia.

Cuando se hace referencia al grado de confirmación que tiene que ver si la prueba es suficiente para probar una hipótesis, Gascón (2004) describiendo el razonamiento probatorio postula que la probabilidad inductiva de una conjetura se incrementa o disminuye con: a) la base cognitiva y el nivel de probabilidad expresado por las generalizaciones empleadas b) la "calidad" gnoseológica de las pruebas que la corroboran, c) el "número de pasos inferenciales" que forman la cadena de demostración, y d) la "cantidad" y "variedad" de evidencias o corroboraciones presentes. (p. 180). Como podemos apreciar la máxima solo es una de las premisas que pueden ser utilizadas en la búsqueda de la verdad, pues se puede también acudir a la calidad del soporte probatorio, las cadenas de

inferencias, o la cantidad de evidencia, y la variedad, esto último con una fuerte influencia de la epistemología de Carl Hempel. Las máximas solo es uno de los soportes en el razonamiento, y el peligro es que si solo se sustenta en una máxima las conclusiones no tienen el grado de firmeza requerida para confirmar una hipótesis, de allí que sostenemos que debe ser solo un apoyo, por la posibilidad de error que está implícito en el método inductivo.

Taruffo (2023) afirma que el tránsito de lo particular a lo particular desconocido tiene el carácter de ilación (inferir), de presunción (en sentido lógico y no solo jurídico), de hipótesis que puede ser más o menos confirmada, pero que no será nunca definitivamente unívoca y lo más que cabe es llegar a un fuerte grado de corroboración, pero no arribar a una certeza o verdad absoluta (p. 33) Ya en este razonamiento advertimos la presencia de la tesis de la probabilidad inductiva que se iguala modernamente con la argumentación probatoria y que también sirve para discernir respecto de las reglas de experiencia.

La cadena de enunciados proposicionales son parte del razonamiento probatorio, de allí que en la doctrina (Gascón, 2004) se señale que la probabilidad de una hipótesis no se limita únicamente a la calidad epistemológica de las reglas de sentido común empleadas y a las evidencias que la corroboran, sino que también se determina por el número de pasos intermedios que separan la hipótesis de las pruebas confirmatorias. La profesora española plantea la conjetura: "A vende drogas" puede ser probada por X que asevera: «A comerció muchas veces en la zona L»; o por el policía Y: «A tenía en su auto una balanza de precisión y en su hogar se halló una fuerte suma de dinero y una cantidad de droga» (p. 182). En el marco de la apreciación individual y luego conjunta de la prueba, en los que una de las premisas son reglas de experiencia, que podría ser: *si a una persona se le encuentra en su domicilio una balanza, dinero y una cantidad de drogas, entonces es más probable que trafique estupefacientes*, lo que hace más consistente el resultado probatorio que *A vende drogas.*

¿Hacia dónde nos puede llevar las máximas de experiencia? Taruffo (2023) dice que lo máximo que cabe inducir en una regla de regularidad de las características observadas en un cierto número de casos es una ilación, una presunción sobre casos futuros, considerados uno por uno en orden de sucesión

temporal. (p. 26) La regla de regularidad que sería la generalización a la que se arriba con la máxima, de la observación de casos particulares, sigue el camino de una inferencia y que nos permite que esta regularidad se mantendrá sobre casos futuros. La máxima sería la conclusión de una inferencia, que a su vez en un caso concreto será la premisa para realizar una ilación y llegar a una conclusión que sea altamente probable, y que es el ideal cuando estamos frente a una regla construida válidamente.

Las reglas de experiencia para ser correctamente formuladas (García ,2017) recogen hipótesis con fuerte sustento empírico o tan de sentido común, que se aceptan como verdaderas y no deben ser verificadas, pero sí pueden ser refutadas o bien acreditando que no hay base empírica, o que en la situación concreta se presenta la excepción a la regla. (p. 81) La evidencia empírica es lo que hace fuerte a las reglas de experiencia, y esta puede ser producto de la observación o de aquello que tiene aceptación social, como práctica cotidiana.

En la idea de un método que permita la identificación correcta de reglas de experiencia la doctrina (Tuzet, 2021) sugiere que se debe contar con opciones correctivas frente a la utilización no rigurosa de reglas de experiencia y que se debe confirmar empíricamente la fiabilidad de las máximas con el saber científico vigente y b) la confirmación que hay una aceptación social de ellas (p. 177) Ciencia y sociedad serían las fuentes de confirmación de las máximas, aunque una ciencia aceptada por la comunidad científica, y verificada o falseada desde un conocimiento lego, es bastante difícil ponerla en cuestión, lo que sabemos es que si el agua se calienta a cierta temperatura empieza a hervir, y esta va a quemar, o que el sol sale por el Este y se oculta por el Oeste, que tienen una explicación científica que para el común de los mortales no está fuera de discusión. La problemática es la práctica social repetitiva de la que se puede extraer regularidades o generalizar, y siguiendo a Taruffo sobre esta la idea de corrección debe tener una verificación empírica si bien no tan cercano al de la ciencia, pero si para comprobar que efectivamente la máxima representa lo que sucede con frecuencia. Pérez (2022) en esta linea sostiene que formulación de las máximas sociales no se obtiene mediante experimentación o frecuencia estadística, sino que exige una interpretación facilitada por la experiencia en la que aprendemos a jerarquizar qué es lo realmente exigido en nuestras sociedades (p. 199) Que es lo

realmente exigido es volver a que comportamiento regular, o común se da en la comunidad de tal forma que podamos asumirla como una generalidad.

Estando a la necesidad de controlar las máximas Taruffo (Tuzet, 2021) sugiere estas condiciones mínimas de fiabilidad:

1. Que sean enunciados compartidos por las personas en un contexto social y cultural donde se debe decidir. Comúnmente aceptadas implica que es una noción general en la que hay una amplia conformidad. Un metal al rojo vivo va a quemar a la persona que lo toque directamente sin ningún aislante.
2. Que no hayan sido falsadas o contradichas por conocimientos científicos. Si aparece un suceso que refuta la regla general, entonces esta no es viable para usarla como máximas de experiencia, como sostener que todos los cisnes son blancos y encontrar a un cisne de color negro.
3. No deben ser refutadas por otras generalizaciones de la experiencia. (p. 177) Es decir si dentro de la práctica social se reconoce una regla contraria a la que se busca usar el razonamiento probatorio.

Si bien se afirma (Ferrer, 2021) que las máximas son la garantía de la transición inferencial que pasa un hecho a otro y darán mayor o menor potencia al razonamiento en función del nivel de confirmación que las generalizaciones tengan (p. 96) El grado de confirmación está presente en estas máximas, mientras menos corroboración tengan tendrán menos fuerza para ser aceptada como premisa del razonamiento, por lo que desde nuestra óptica debe ser descartada.

Una variable que debe tomarse en consideración es la variabilidad. Taruffo (2023) criticando la concepción de Stein sobre las máximas en el sentido que tienen un rasgo de estabilidad y rigidez en el tiempo y en el espacio, pero dice que la *regla* deberá modificarse en relación con cada nuevo evento relevante. (p. 28) La variabilidad de lo social será una fuente que deberá impactar en máximas modificándolas. No será el mismo comportamiento en una ciudad como Lima en proceso de urbanización forzada en los años 50 del siglo pasado con las migraciones del campo, con lo que se da ahora, en este mundo de la tecnología, las migraciones extranjeras, la crisis institucional, la criminalidad. Los cambios sociales también modifican las reglas, y es un factor que debe tomarse muy en serio.

El nivel de confirmación de las generalizaciones (Ferrer, 2021) empleadas en la argumentación probatoria puede ser algo a discutir o no en el proceso o darse por sentado, aceptando como correcta la generalización, aunque es posible que se cuestione la condición de prueba favorable a la hipótesis por estimarla inválida y entonces la regla podrá acreditarse en el juicio para determinar su fuerza confirmativa (p. 97) Sobre este aspecto tenemos que las reglas de sentido común no se pueden probar y tampoco es prueba. La máxima es una regla construida a partir de una generalización y sirve como premisa mayor para poder realizar una inferencia. Es en puridad una conclusión de una generalización empírica, entonces lo que se puede examinar es la consistencia de esa generalización que permita ser tomada como regla, entonces la discusión sobre la misma será en el recurso de apelación, pues generalmente el juez apela a las máximas para motivar su sentencia.

Concluimos que las máximas de experiencias

a) Se originan en dos fuentes, la práctica social y la ciencia, y solo deben ser consideradas en la argumentación cuando se acredite que tienen apoyo epistémico.

b) Deben tener fuerte soporte epistémico para ser utilizada en el razonamiento probatorio, sino es preferible no aplicarlas.

c) Una regla que sea refutada no se debe aplicar y ser sustento de una resolución ya que puede ser una generalización espuria.

d) No se debe dar el peso de una ley a una regla de sentido común por no tener fundamento en un saber científico reconocido.

e) Si contra un criterio general, pese a ser de una alta abstracción, aparece un caso en contras es suficiente para acreditar su falta de verdad.

CAPITULO VII

VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1. Introducción

El proceso penal peruano está adscrito al sistema de sana crítica, o juicio racional de la prueba. Los pilares que sostienen este sistema como es bastante conocido son la lógica, las reglas de sentido común y las leyes científicas. La consecución de la verdad exige adoptar una metodología epistémica que logre acercarse a esta de modo altamente probable, pues concebimos la verdad procesal como una verdad relativa. Esto nos lleva a señalar la relación tirante que hay entre la búsqueda de conocimiento y el derecho probatorio. La tensión entre epistemología y derecho está presente en investigaciones sobre prueba como el problema identificado por Susan Haack (2020, p. 136) Estas tensiones han sido identificadas en la doctrina y se destaca que el derecho probatorio posee reglas anti epistémicas que no contribuyen en la búsqueda de la verdad por considerar que hay valores que están por encima de esa finalidad, como la regla de prohibición de obligar a los parientes que declaren en contra de un acusado que es familiar hasta los primos hermanos o los cuñados por afinidad, y que en una balanza entre la verdad o la familia se prefiere a esta institución, aunque hay que considerar que desde otra perspectiva se sostiene que los familiares del acusado por la cercanía siempre van a hablar a favor de este e incluso mentir. Sobre este aspecto es menester aplicar la psicología del testimonio de tal forma que se examine el relato y no a la persona, para determinar la veracidad de este.

La valoración nos plantea la necesidad de fijar criterios específicos que deben ser utilizados por los jueces cuando utilizan las leyes del pensamiento, las generalizaciones empíricas y las científicas, pues si bien estas últimas son el soporte del modelo de sana crítica se plantea la necesidad de precisar conceptos, y reconocer que en nuestro sistema jurídico el Tribunal Supremo ha realizado esfuerzos para fijar pautas de valoración.

Cuáles son las reglas que deben ser aplicados para dar por probada una hipótesis con una alta probabilidad de acercamiento a la verdad que sobrepase la incertidumbre y que justifique en el campo penal una sentencia condenatoria, por lo que esto plasmado en la motivación permitirá un mejor control de las decisiones judiciales.

La justificación epistémica de los enunciados fácticos que representan los hechos los sujetos procesales es el objetivo, por lo que se deben desarrollar criterios específicos que puedan sustentar la prueba de aquellos.

La evaluación probatoria requiere la elaboración de reglas que permitan al magistrado aproximarse a los sucesos tal como ocurrieron realmente. Esto implica valorar la evidencia de la manera más objetiva posible, establecer una metodología para llevar a cabo el juicio de hecho a través de la lógica, y definir cómo se pueden aplicar de manera coherente las máximas de la experiencia junto con las normas para implementar las leyes científicas o técnicas. Además, es crucial que los magistrados eviten juicios de valor previos que obstaculicen una adecuada valoración de la prueba, ya que estos se realizan antes de examinarla.

El dar por probado, implica que se usen criterios específicos para lograr este objetivo. De allí que cabe preguntarse cómo aplicar la lógica, las máximas y las leyes de la ciencia, cuáles son los criterios específicos, para su materialización en un caso concreto. Otros aspectos problemáticos es la necesidad de tener una concepción o entendimiento respecto de tópicos como la verdad, los hechos, la prueba, los sistemas de valoración en los que no hay uniformidad en la doctrina, y frente a los que debemos tener una postura.

El responsable del juicio valorativo de la prueba es el magistrado, y por esa razón se afirma que la actividad probatoria tenga como destinario al órgano jurisdiccional. Asi lo sostiene García Amado (2017) al señalar que al tener el juez el deber de apreciar la prueba supone que debe decidir qué valor probatorio tiene cada una que se practique como si el testimonio de un testigo de cargo es creíble o no lo es. (p. 59) Cómo establecer que la información del testigo tiene credibilidad, pues desde la lógica de la psicología del testimonio esta debe ser confirmada con otras pruebas.

El razonamiento del juez (frente a la información probatoria permite cargar de valor o atributos y esto emerge como señala Tuzet (2021) de un juicio de valor consiste en reconocer estados de cosas (el cuadro Q posee el valor de la belleza, la conducta C posee el de la bondad). (p. 225) El que va a atribuir valor a las pruebas es el juez, por lo que tiene que premunirse de las herramientas necesarias para hacerlo correctamente.

Con mayor precisión (Tuzet, 2021) respecto a quien valora la prueba se dice que una valoración presupone un sujeto que valora y concierne a un objeto que es lo valorado y Von Wright propone considerar a las valoraciones como algo inevitablemente subjetivo y consistente en una actitud de aprobación o desaprobación por parte de un sujeto S respecto de un objeto O." (p. 226) La dificultad es que el sujeto que valora y la forma como enfoca el análisis de la prueba puede cometer incorreciones de allí que se insiste en darle las reglas para que realice una inferencia válida, máxime que si de su decisión depende el destino de las personas o de sus bienes.

En la doctrina se cuestiona que estas formulaciones legales no tienen mayor desarrollo para su aplicación en casos específicos y a los peligros que supone la inexistencia de criterios de valoración tal como lo sostiene Taruffo (2008) la manera regular de enfrentar el problema la determinación del valor de la prueba suele remitir de forma ambigua y genérica a la experiencia, a lo razonable sin precisar reglas específicas y la discrecionalidad judicial no puede ser controlada por esos criterios vagos dejando el camino para la intuición y subjetividad (p. 137). Esta apreciación del maestro italiano, que las regulaciones genéricas pueden hacer que los magistrados decidan sobre los hechos controvertidos que están bajo su jurisdicción, de forma no objetiva, sino subjetiva, y tendente a la arbitrariedad compartimos, pues entonces los magistrados pueden resolver de acuerdo con creencias irracionales.

Para Tuzet (2021) la valoración de las pruebas debe llevarse a cabo de acuerdo con criterios racionales, compartidos y controlables, resumibles también aquí en la fórmula de libre convicción (p. 250) Hay que entender que cuando se refiere a la libre convicción no se trata del libre arbitrio, sino que se entienda que se refiere a una convicción o creencia justificada epistémicamente.

2. Aspectos conceptuales

2.1. La Verdad

La verdad es el objetivo de la prueba, de allí que todo acto procesal debe ir en esa dirección sin embargo una distorsión de esta finalidad es cuando se asume que el proceso sólo busca resolver el conflicto, lo que desde nuestro concepto no debe ser incompatible con el fin institucional de la prueba es la verdad.

Un problema es establecer el contenido de la verdad por lo que a lo largo de la historia de la filosofía se han dado diversas posturas respecto a ella. En su obra Metafísica Aristóteles (1994) decía sobre la verdad:

> "Falso es, en efecto, decir que lo que es, no es, y que lo que no es, es; verdadero, que lo que es, es, y lo que no es, no es. Por consiguiente, quien diga que (algo) es o no es, dirá algo verdadero o dirá algo falso." (p. 198).

El mérito de Aristóteles fue considerar con su locución "*decir"*, la presencia del lenguaje con una forma de representar la realidad.

La teoría de la correspondencia no ha estado exenta de cuestionamientos pues fue calificada como ingenua (Guzmán, 2018) cuanto sostienen la posibilidad de una perfecta adecuación de los enunciados a los objetos o hechos que refieren, es decir la posibilidad de una verdad absoluta como "proyección" o "imagen" y que la idea de Tomas de Aquino de adaequatio rei intellectus de fuerte raigambre aristotélica, la adecuación del intelecto y la cosa es criticada porque resta el hecho que la verdad puede ser relativa y nunca absoluta. (p. 69)

El filósofo Tarski (1997) sigue este concepto de verdad por correspondencia, que luego desarrolla hacia el concepto de verdad semántica y la relación con el lenguaje como cuando sostiene que:

> "...siempre debemos relacionar la noción de verdad, así como la de oración con un lenguaje específico; pues es obvio que la misma expresión que es una oración verdadera en un lenguaje puede ser falsa o carente de significado en otro". (p. 68)

Tarski (1997) al analizar la relación entre la realidad con el lenguaje afirma que la veracidad de una afirmación radica en su conformidad o relación con la realidad. (p. 69) Esto significa que la representación de la verdad es mediante una proposición que debe ser sometida a verificación.

En ese razonamiento Tarski (1997) asevera que un enunciado es veraz si expresa un estado de cosas real (p. 69) Es decir, se ajusta o se relaciona con la realidad, por lo que se refiere a su enfoque como «concepción semántica de la verdad». Define la semántica como la rama que estudia las relaciones específicas entre las expresiones de un idioma y los objetos a los que esas expresiones aluden. (p. 72) Se establece aquí una diferencia entre el objeto del lenguaje. y el metalenguaje y los ejemplifica en enunciados como "*la nieve es blanca"* si la nieve es blanca siendo esta última referencia a la cosa o a la materia. Una virtud de la concepción tarskiana de la verdad es que los predicados verdadero o falso no son expresos y están implícitos cuando dice que "la nieve es blanca" es una afirmación veraz solo si la nieve es blanca.

William James desde el pragmatismo (1997) respecto de este tópico afirma que la conformidad con la realidad se interpreta como verdad, mientras que la falsedad es vista como una falta de correspondencia con ella y el pragmatismo como el intelectualismo están de acuerdo en esta perspectiva, y la controversia surge únicamente al considerar lo que se entiende por «correspondencia» y «realidad», y sobre todo al evaluar la realidad en función de la conformidad de nuestras ideas. (p.26) La verdad es aquella que se adecua a la realidad y los problemas están en la definición de términos como adecuación, y la propia realidad que deben estar en correspondencia con las ideas de una persona. Esto parece que sigue el camino aristotélico de verdad sin embargo el pragmatismo busca siempre desentrañar la utilidad de una idea y creencia sobre la vida de las personas, por lo que James (1997) formula las siguientes preguntas:

> ¿Qué diferencia concreta se deducirá de ello para la vida real de un individuo? ¿Cómo se realizará la verdad? ¿Qué experiencias serán diferentes de las que se obtendrían si estas creencias fueran falsas? En resumen, ¿cuál es, en términos de experiencia, el valor efectivo de la verdad? (p. 27)

El elemento de utilidad que está en la base de la filosofía pragmática también se traslada a su concepción de verdad, lo que puede ser aceptable desde una teleología, pero incompatible con la verdad como adecuación. Sobre los valores no se puede predicar verdad o falsedad, sino positividad o negatividad.

James (1997) dando respuesta a esas inquietudes sostiene que las ideas verdaderas son aquellas que podemos comprobar, mientras que las ideas falsas son las que no se pueden verificar. Esta distinción es lo que implica poseer ideas verdaderas, y, por lo tanto, define el concepto de verdad. (p. 27). Concluye sosteniendo que «Verdadera» es el término para la idea que inicia el proceso de corroboración y «útil» por su completa función en la realidad. (p. 29) Como podemos apreciar lo verdadero es el proceso de confirmación de la adecuación de la realidad a la idea y la utilidad es como se usa la verdad en la vida.

Guzmán (2018) al respecto de la teoría pragmatista de la verdad sostiene que esta se funda en que si durante la consecución de un objetivo se sostiene una creencia pertinente para su logro, entonces dicha creencia es verdadera si promueve su realización, y falsa si no la favorece, y que para evaluar si una convicción es cierta, es necesario arribar que se correlaciona con nuestra forma de pensamiento. (p.67) Esta afirmación del pragmatismo linda con el irracionalismo pues depende la verdad de la utilidad, lo que no se sostiene científicamente.

Las críticas a esta teoría de la verdad de parte de Popper (Guzmán, 2018) se sustenta que el pragmatismo confunde la verdad con la utilidad y ofrece un criterio de verdad sin proporcionar su significado y que presume se conoce la verdad cuando se cree en ella por una mera cuestión de utilidad, por lo que para estimar si una afirmación es real solo es necesario descubrir la tendencia a la complacencia del deseo. (p. 68) De allí que las califique severamente como teorías subjetivistas alejadas de la realidad.

El coherentismo es otra teoría de la verdad y para esta según Hempel (1997) la verdad es una propiedad que pueden poseer ciertos sistemas de enunciados como un todo por lo que la verdad consistiría en una cierta conformidad de los enunciados entre sí y que en las teorías coherentistas extremas la verdad llega a identificarse con la compatibilidad mutua entre los elementos de un sistema. (p. 483) El coherentismo parte de una conformidad o consistencia en un sistema de enunciados y que podría tener algún sentido en las ciencias matemáticas, pero no en las ciencias sociales en las que la historia puede reconstruirse mediante enunciados y puede ser desde la verdad solo probable.

Tanto la teoría pragmatista y coherentista contrarias a la de la verdad por correspondencia (Guzmán 2018) según Popper son teorías subjetivas porque requieren la existencia de un criterio, más o menos efectivo, aunque parcial para decidir si una creencia está bien fundada (p. 65) En el caso del pragmatismo la utilidad y en el coherentismo la compatibilidad entre creencias.

Hay diversas teorías que tienen como fin explicar la verdad, como características de ciertas proposiciones según Gascón (2004) y son:

a) Teorías semánticas sobre la verdad como correspondencia: La verdad de una proposición se define por su alineación con la realidad o el estado de las cosas al que se refiere, es decir, su concordancia con los hechos.

b) Teorías acerca de la verdad como coherencia: La verdad de una proposición radica en su inclusión dentro de un conjunto coherente de afirmaciones.

c) Teorías pragmatistas en el campo de la verdad: La veracidad de una afirmación se evalúa en función de la "aceptabilidad justificada". Un enunciado se considera auténtico si existe una justificación que respalde su veracidad, ya sea debido a su cumplimiento de un propósito (en la versión "instrumentalista") o a su aceptación consensuada (en la versión "consensualista"). En síntesis, un enunciado no se justifica debido a su veracidad, sino que es verdadero debido a su justificación; en particular, porque el criterio que respalda su aceptación como veracidad (el criterio de verificación) se encuentra justificado. (p.54)

Hay un consenso en la filosofía para identificar las teorías sobre la verdad, de la correspondencia el coherentismo y el pragmatismo como las principales.

Sobre el consensualismo (Taruffo, 2011) se sostiene que entra en conflicto con la posibilidad de que el juicio se oriente hacia una verdad fáctica interpretada como correspondencia con la realidad, que Habermas caracteriza como consenso racional, que se manifiesta en función de reglas racionales en un contexto específico. (p. 175) Esto guarda relación al pragmatismo en su vertiente de aceptación de sus enunciados, aunque también hay un tufillo coherentista de por medio.

En la doctrina procesal se ha tratado de definir qué clase de verdad se pretende encontrar en el proceso y como respuesta se señaló que había dos verdades, una verdad material y la otra verdad procesal. Esta concepción cuestionada por Francesco Carnelutti (1982) que sostenía que no se podía hallar

la verdad parcialmente y tenía que encontrarse en su totalidad o lo que se perseguía no era la certeza (p. 25) y que también ha sido confrontada por la doctrina moderna de la prueba, en la idea que la verdad es una sola. Jordi Nieva (2010) dice que no era dable edificar un verdad ficticia o procesal haría reincidir en la dicotomía verdad formal o material y que lo trascedente es que el juez pueda aproximarse a los sucesos como realmente se dieron (p. 23) Si bien teleológicamente se busca la verdad, en el proceso se puede arribar con la prueba a ella, pero que no necesariamente coincidirá con la realidad, y eso nos trae pues a considerar los fallos erróneos tanto de condena o de absolución que se pretenden resolver con los estándares de prueba.

Desde la aproximación a la verdad, implica grados de conocimiento que para Taruffo (2011) es conocimiento relativo en tanto se ubica en algún lugar intermedio entre la ignorancia y el saber de certeza absoluta de algún hecho es positivo cuando más se acerca al conocimiento y negativo cuando está próximo desconocimiento (p. 180) El acercamiento a la verdad es un objetivo del razonamiento probatorio que puede alcanzarse mediante el método de la inducción, el mismo que tiene limitaciones pues permiten solo alcanzar una verdad relativa, o probable, dejando de lado la idea de encontrar la verdad absoluta. Sobre estas limitaciones de la epistemología y propiamente de la inducción, Gascón (2004) ha sostenido que para las gnoseologías empiristas modernas, ella finalidad de la inducción ya no encontrar verdades absolutas, y más bien hipótesis válidas apoyadas por hechos que las hacen probables y que por medio la probabilidad recobra algo de objetividad. (p. 8) Este enfoque baconiano que le da relevancia a el método de aproximación a la verdad, no descarta el uso de la deducción ni otras lógicas tendentes a llegar a demostrar la existencia de los hechos como la dialéctica o las polivalentes.

Taruffo (2011) enfatiza que el proceso no es un emprendimiento de la ciencia o de la filosofía por lo que no requiere certezas absolutas y se puede conformar con certezas relativas variadas, pero suficientes para sustentar racionalmente un fallo. (p. 177) Lo que nos señala el maestro italiano es que es suficiente llegar a verdades aproximadas o relativas, pues nunca podemos arribar a lo absoluto, aunque hay que tenerlo como norte.

2.2. La prueba

Sobre la definición de la prueba no hay uniformidad en la doctrina siendo una de las causas por la que tiene esta tiene una variedad de contenidos. Este aspecto es relievado por Gascón (2004) quien afirma que la expresión "prueba" es pluri significativo, ya que se usa interpretar problemas distintos lo que genera una confusión terminológica que a su vez permite que reine la incoherencia. (p. 83) No deja de tener sentido lo sostenido pues en la doctrina nacional mayoritaria se hace referencia a la prueba como aquella que se produce en el juzgamiento, pero también hay en la legislación procesal un catálogo de medios de prueba que deben practicarse en cualquier fase del proceso penal.

Schum (2016) dice que se suele utilizar el término prueba con respecto a los fenómenos observables sobre los cuales basamos nuestras inferencias acerca de asuntos de interés e importancia para nosotros. (p. 35) La prueba busca demostrar aquello que puede manifestarse de la realidad, y que permite el razonamiento o proceso inferencial a partir de las premisas.

Giulio Ubertis (2017) respecto de la prueba sostiene que ella no se refiere a un «hecho», sino a un «aserto» y la entiende en sentido extenso, como una pluralidad de elementos, de actos procesales, el efecto epistémico, con la función de permitir develar o no la verdad de las proposiciones sobre hechos que constituyen un tema de prueba. (p. 20) Esta es una idea que comparte con Michelle Taruffo en el sentido que lo que se prueba son proposiciones o enunciados de carácter fáctico o aserciones o afirmaciones sobre las que luego de un proceso de consecuencialismo inferencial establecer si son verdaderos o son falsos.

El decisor en el proceso penal es el juez por lo que él es quien recepcionará la información, estando al inicio en un contexto de incertidumbre, de allí que es razonable como dice Ubertis (2017) que el fin de la evidencia en el interno del proceso judicial es traer conocimiento al juez, para disminuir la incertidumbre asociada a la toma de decisiones (p. 27) La información que llegue al juez puede despejar su búsqueda en el camino a la verdad, sin embargo, esto también opera en lo probable puesto que dependerá que clase de datos se recopilen a partir de la recepción de la prueba, ya que sin información de calidad será difícil que supere el estado cognitivo próximo a la ignorancia que al final tendrá un impacto en la

decisión penal y es la absolución del acusado, como consecuencia de insuficientes pruebas contra el reo, presentada por el Ministerio Público.

El fin de la evidencia, al decir de Ubertis (2017) es corroborar si los enunciados que constituyen el thema probandum, para conocer cuáles de ellos son justificadamente persuasivos y para poder emitir el juicio con el que se busca actuar la ley en el caso concreto, después de un proceso desarrollado según las reglas probatorias legislativamente puestas. (p. 25) Esta visión de Ubertis de la prueba persuasiva no es bien recibida por Ferrer, pero se remarca el vocablo justificadamente que debe entenderse como persuasión judicial en base a prueba suficiente.

Gascón (2004) a partir de los problemas de diversos significados de la evidencia hace una distinción entre medios probatorios, resultado probatorio y la inferencia probatoria. Los medios prueba denota todo aquello que permite saber sobre los hechos relevantes y que permite formular o verificar enunciados asertivos que sirven para reconstruirlos, desempeñando una función cognoscitiva de los sucesos que se quieren demostrar como las testimoniales, la aportación de documentos, las pericias, etc. (p. 85) En el derecho probatorio estos medios de pruebas son las elaboraciones legales, que permiten que ingrese la información al proceso, siendo estos medios de prueba personales como los testigos, especializados como los peritos, y reales, como documentos, objetos materiales del delito, etc.

Sobre la prueba como resultado probatorio Gascón (2004) dice se obtiene a partir de los medios probatorios; el saber que se tiene del hecho en debate o la proposición fáctica confirmada que lo representa y en razón que las evidencias tienen una finalidad justificativa para optar entre las distintas afirmaciones de forma racional corroborándolas o negándolas y se estiman como evidencia las proposiciones "en la casa del imputado hallaron una pistola” o "A organizó un para ejecutar a B”. (p. 85) Los enunciados que son pruebas se entiende que han pasado por una justificación epistémicas, que se convierten en conclusiones y a la vez premisas en lo que se ha llamado cascada de evidencias o cadena de enunciados, que se soportan entre sí.

La tercera definición nos acerca al denominado razonamiento o procedimiento probatorios como indica Gascón (2004) que conecta los medios de prueba y la aseveración sobre el hecho, en este caso el término la "prueba" es el proceso cognitivo, ya sea a través de la observación o de la deducción, mediante el cual, a partir de las evidencias presentadas, se identifican hechos significativos para la adopción de decisiones, es decir se elaboran o se validan afirmaciones sobre dichos sucesos. (p. 85) La verificación de los enunciados corresponde en ese proceso intelectivo al juez quien es el que debe concluir estableciendo si los hechos han sido probados o no.

2.3. Las fases de la prueba

El curso procesal de la prueba tiene varias fases, una de ofrecimiento por las partes, luego la calificación de las evidencias ofrecidas, posteriormente se actúa la prueba en el juzgamiento y por último la valoración o apreciación del material probatorio, aunque hemos recomendado la necesidad de realizar una correcta recolección de elementos de juicio que cubre solo la oferta probatoria y la admisión por el magistrado de los medios cuya agregación para el juicio se peticiona.

Ferrer (2013) sobre la actividad probatoria sostiene que hay tres fases claramente diferenciadas y secuenciales, aunque en la práctica pueden aparecer de forma entrelazada. Estas fases son: a) la recopilación de los factores de juicio que servirán como fundamento para la decisión; b) la evaluación de dichos factores; y c) finalmente, la toma de la decisión. (p. 24) La conformación de la evidencia comprende la admisión probatoria y su desahogo en el juzgamiento. En este escenario corresponde a las partes presentar las pruebas y el juez debe filtrarlas a partir de la regla de relevancia. Prueba relevante es aquella que (Schum, David y Twining, 2015) presenta alguna inclinación a influir en la probabilidad de que un hecho relevante para la decisión de la acción ocurra, en comparación con lo que sería sin esa evidencia. (p. 450) Esta regla está contenida en las Reglas Federales de Prueba del sistema estadounidense Nº 401.

La formación del conjunto de evidencias o pruebas. (Ferrer, 2013) se realiza en el juicio por medio de la oferta y actuación de las pruebas Esto permitirá apoyar o refutar las distintas hipótesis sobre los hechos del caso y la información a emplear debe ser la que fluya del proceso y que se expresa como razona Ferrer en la máxima

lo que no está en el expediente no está en l mundo de allí que el magistrado solo debe tomar en consideración las evidencias intra procesales evitar que el uso de información que se origina en el saber privado del magistrado (p. 24) La regla está descrita en el CPP (Art. 393) para el dictado de la sentencia y manda que el juzgador para la discusión no podrás usar evidencias diferentes a las que legalmente legítimamente se allegaron al proceso, pero eso no excluye el conocimiento del juez respecto a hechos notorios.

El segundo momento establecido por Ferrer (2013) implica la evaluación de los elementos de juicio o pruebas, lo cual estará determinado por el sistema. En el contexto de un régimen de libre apreciación probatoria, se deberá considerar el aporte que cada elemento de juicio brinda a las hipótesis en disputa, tanto de manera individual como en su conjunto. Esto permitirá alcanzar un resultado que indique el nivel de confirmación que posee cada una de esas hipótesis. (p. 26) En el procedimiento no solo hay que considerar las hipótesis formuladas por el Ministerio Público, sino las que en vía de refutación plantea la parte acusada y que si bien no tiene la obligación legal de hacerlo, ya que tiene la presunción de inocencia a su favor, puede presentar hipótesis contrarias, que deben ser confirmadas con la prueba actuada, que incluye a todas las pruebas ofrecidas, admitidas y recepcionadas en las audiencias por la regla de adquisición procesal.

El tercer momento según Ferrer (2013) es el referido a la toma de decisión que es la continuación en el camino de la actividad probatoria. Sobre este tema, se argumenta que la valoración de la evidencia concede a cada una de las hipótesis en disputa un nivel específico de confirmación, que nunca llega a ser certeza absoluta. El juez debe determinar si la hipótesis *h* puede ser considerada probada, basándose en el grado de demostración que se tenga, lo cual a su vez está condicionado por el estándar de prueba aplicado. (p.27) En principio se reconoce que en el proceso penal hay dos posiciones irreconciliables; la del Fiscal y la del imputado. Ambas partes pueden presentar hipótesis y estas serán contradictorias si el acusado emplea una estrategia de refutación, de allí que finalizada la actuación de la prueba el juez valora individual y conjuntamente todo el material probatorio recogido del juicio y somete las hipótesis a confirmación. En esta fase ingresa a tallar el estándar de prueba que son las reglas que deben ser empleadas para decidir si las hipótesis han sido confirmadas en forma suficiente.

3. Epistemología y la prueba

Hans Reichenbach (Bárcenas, 2002) fundador del Círculo de Berlín y representante del neopositivismo lógico en su obra Experiencia y Predicción de 1938 hizo la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. (p.48) El primero alude a las cuestiones relacionadas con la manera como se generan nuevas ideas o hipótesis en ciencia y la segunda con el conjunto de reglas que las hipótesis deben cumplir y ser aceptadas en la comunidad científica.

En esa orientación la profesora española, Gascón Abellán (2004) aplica a la teoría de la prueba este enfoque teórico del filósofo alemán y dice que, en el ámbito del descubrimiento, la evidencia se relaciona con el proceso que lleva a declarar ciertas proposiciones como verdaderas. Así, el entendimiento de los hechos que fundamentan la veracidad de esas proposiciones implica que demostrar un enunciado con base en hechos equivale a conocer los hechos que lo respaldan. (p. 84) Cuando hay un hecho criminal, el Ministerio Público o la policia construyen hipótesis para poder dar respuesta a cuestiones como la existencia del hecho y la autoría de este. Cómo elaboramos esa hipótesis, pues estas se van construyendo a partir de inferencias de los datos o hallazgos encontrados en la escena del crimen, o también de nuestras intuiciones, pues siendo estas provisionales es pasible de ser descartadas o confirmadas, lo que permite que se avance al contexto de justificación (Gascón, 2004) de las proposiciones o las razones las respaldan y que aquellos enunciados son ciertos, y demostrar una proposición que representa hechos significa justificarla y que el término "prueba" se utiliza tanto en la forma de que se conocen los hechos o en la manera como se justifican (p. 84). En resumen, en el marco de develamiento la evidencia refiere a la formulación de las hipótesis para resolver un crimen en los que se usa el método abductivo, mientras en el otro contexto los enunciados se someten a verificación, esto es si son verdaderos, o son falsos.

Desde la epistemología jurídica Dei Vecchi y Cumiz (2019) respecto de la regla de valoración afirman la única regla jurídica admisible sería aquella que determina que el juicio probatorio se debe evidenciar conforme con los criterios racionales entendidos como pautas generales de la teoría del conocimiento o

normas de la correcta comprensión humana y que para los juristas este «código epistémico» está conformado por las referidas reglas. (p. 57) La legislación procesal nacional también referencia a los criterios de sana crítica (Art. 393.2 del CPP) para la apreciación de la prueba. Sentis Melendo (2008) afirma que el concepto de sana crítica es de origen hispánico y que fuera de estos países, como expresión no existe. (p. 48) Como referencia histórica tenemos que este modelo se introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 de España, que en el artículo 317 decía que los magistrados debían juzgar según los criterios de la sana crítica, la veracidad de las declaraciones testimoniales. Nieva (2010) dice que la doctrina española no aportó mucho respecto de la definición de la sana crítica (p. 88) postura que coincide con Benfeld (2013) que en referencia a su introducción en la legislación procesal chilena trajo problemas de indeterminación y confusión por la ausencia de un tratamiento dogmático riguroso (p. 580). Con la finalidad de precisar sobre las reglas hay que rastrearlas desde sus orígenes y tenemos como elementos de juicio los aportes de José de Vicente y Caravantes, considerado el procesalista español más destacado del siglo XIX, (Sentis, 2008), quien al comentar respecto de la sana crítica afirmó que el juicio acerca de la veracidad de los hechos se debe construir por las normas generales de la razón, aplicada a los indicios, datos que surjan en el juicio (p. 48) Por su parte González (2020) dice que la sana crítica tiene un carácter normativo, pero no legal, y son exigencias intelectivas para determinar que inferencias son válidas y cuales no lo son. (p. 85) lo que nos da luces para una conexión con el modelo valorativo y racional, y si bien la sana crítica ha sido una transición del sistema de prueba tarifada a la racional, por lo menos en la legislación peruana eso se encuentra aclarado, ya que está conformada por reglas del pensamiento, el sentido común y las leyes de la ciencia.

4. Los Hechos

En el juicio lo que se demuestra son hechos, como sucesos que se han dado en el pasado, es decir que ya no existen. La forma de representarlos es mediante proposiciones fácticas, esto es a partir del lenguaje, por lo que sobre los hechos solo es posible predicar si existieron o no, y respecto de esas proposiciones si son verdaderas o son falsas.

Respecto de la comprobación del hecho, el convencimiento no se da directamente en ellos, sino sobre su existencia como puede verse en la siguiente

afirmación de González Lagier (2005) sostiene que los objetos no poseen la capacidad de validar o invalidar nuestras convicciones; en cambio, aluden a la existencia de un objeto o a una característica específica. Como las partes buscan suscitar ciertas creencias en el magistrado mediante la evidencia, los objetos en sí mismos no constituyen el eje central de la prueba, sino su existencia. Por ejemplo, se señala que una pistola no puede ser objeto de verificación como tal; sin embargo, es factible corroborar que dicha arma estaba en posesión de un individuo. (p. 21) La necesidad de crear o persuadir de la existencia de un hecho, es una tarea de las partes, sin embargo, este destino debe apelar a la racionalidad del juez, no a sus emociones o su subjetividad.

Respecto de la temporalidad de los hechos, y su reconstrucción el profesor colombiano Vargas (2019) afirma que los hechos que las partes presentan al juez pertenecen al pasado y el conocimiento que el juez tiene de tales hechos (h) del pasado es nulo y sugiere que el juez debe reconocer que desconoce tales hechos (h) y su actitud debe ser la de querer conocerlos por los medios probatorios (mp) que se han aportado y pedido las partes o los fueron ordenados de oficio por aquel. (p. 19). Los hechos que deben ser conocidos por encuentran a juez en la incertidumbre. La prueba es la que lograra convencerlo o no de la existencia de este, por esa razón Vargas (2019) dice que cuando el magistrado dice que un hecho está demostrado, no cree, sino que acepta y con base en dicha aceptación, construye un argumento deductivo que sirve de fundamento de la decisión judicial (p. 21). La precisión si cree o está convencido de un hecho abre las puertas a la crítica a la denominada convicción judicial o creencia, por su naturaleza subjetiva, es decir que el juez cree que el hecho está probado, pero esto no necesariamente puede tener correspondencia con la realidad.

Un conocimiento total de los hechos no es posible según Schum (2016) quien refiere que cuando alguien dice que espera decidir cuando tenga todos los hechos, tal como precisa Hempel esta persona tendrá que esperar hasta el fin del mundo. (p. 54) Si bien es una aspiración conocer íntegramente los hechos, esto no es posible desde la lógica de probabilidad inductiva. Tenemos nuestros reparos pues consideramos que hay situaciones, en el ámbito del proceso, que si es posible conocer los hechos representados por proposiciones fácticas.

Con relación a la clasificación de los hechos tenemos una distinción entre genéricos e individuales, y (González, 2005) los primero pueden ser terremotos, choques de trenes, combates y los segundos serían los ocurridos en un tiempo y lugar específico como cuando el volcán Etna hizo erupción, el accidente ferroviario de Irún o la batalla de Trafalgar. (p. 22) Esta precisión para fines del proceso nos permite que consideremos que los hechos individuales son los relevantes para la causa penal, son los que deben importar.

González (2005) con relación a la prueba de los hechos, sostiene que cuando se demuestra algo en el procedimiento, es respecto del hecho individual, y cuando se hace referencia a los supuestos fácticos de las normas y que producen consecuencias legales, está referido al hecho abstracto (p. 22). Interesante postura puesto que la norma jurídica se compone de un supuesto fáctico, un debe ser y una consecuencia jurídica, por lo que es factible señalar que la norma tiene proposiciones fácticas genéricas que se concretan en un caso determinado.

Sobre el tránsito del juicio de hecho al juicio de derecho González (2005) afirma que en el proceso se debe verificar si un «hecho individual» realmente ha sucedido y si es un caso de un «hecho genérico» de la norma. Al individual se le denomina “demostración” de un hecho y al genérico como “calificación normativa”. (p. 22) Esto último es lo que se conoce en derecho penal como subsunción por el cual luego de probado el hecho se verifica si calza en el supuesto fáctico de la norma penal, y si es positivo, se darán las consecuencias jurídicas estipuladas por la norma. Si se demuestra que Juan dolosamente mató a Pedro, y el tipo de Homicidio tiene como supuesto fáctico el que mata a otro, entonces esto acarreará consecuencias jurídicas a Juan, siendo la principal la pena.

Dentro de la problemática de la prueba tenemos los interpretativos. González (2005) afirma que la interpretación de un hecho implica un proceso en el que se integra ese hecho específico dentro de una categoría más amplia de hechos, y para llevar a cabo esta integración es fundamental contar con una extensa fuente de conocimientos. (p. 29) La base para esta interpretación es que primero se debe probar su existencia, y de allí realizar la operación de subsunción, es decir que sea parte del supuesto fáctico de la norma.

Nietzsche (2008) en una crítica al positivismo decía que esta corriente del pensamiento solo se quedaba en el fenómeno «sólo hay hechos», y afirmaba que no había hechos, sino interpretaciones (2008, p. 244). Esa postura, no es un ensalzamiento del subjetivismo sino más bien el advertir que pueden existir diferentes ideas sobre la cosa, las cuales desde nuestro punto de vista pueden aproximarse a la verdad o no y esas interpretaciones pueden surgir a partir de la forma como nos acercamos a los hechos, lo que puede eventualmente generar dudas sobre los resultados. Qué factores pueden ocasionar esas nubes oscuras en un resultado, uno de ellos según González (2005) es que la interpretación de los hechos es relativa al contexto y a la información previa que se posea. Esto implica que este proceso está inevitablemente influenciado por esa relatividad. Además, es evidente que no todas las culturas comparten un trasfondo idéntico, y ni siquiera todos los individuos dentro de una misma cultura. Por0020lo tanto, no se puede garantizar que personas de diferentes culturas, o incluso de la misma, lleguen a las mismas conclusiones sobre un mismo evento. (p. 30) Las premisas teóricas sobre las cuales hacemos la interpretación pueden ser diferentes por cada sujeto que lo realice, y la consecuencia será diferente. Hay muchos factores que van a incidir en la forma como interpretamos los hechos, siendo uno de ellos, y coincidimos con González, el factor cultural que tiene que ver con la educación del hermeneuta, costumbres, ideología entre otros.

En la interpretación de los hechos González (2005) detecta un problema adicional como la falta o ambigüedad de criterios interpretativos. Es imperativo disponer de criterios para discernir cuál interpretación es más precisa que otra, si se pretende evitar la arbitrariedad y si estos criterios no siempre se encuentran presentes o no siempre son claros. (p. 30) Este punto nos parece relevante para nuestro trabajo, destacando que deben existir criterios o reglas para interpretar por ejemplo el fenómeno probatorio.

Otra causa de las dudas que se pueden advertir de las interpretaciones es la complejidad del fenómeno a apreciar como sostiene González (2005) no es comparable interpretar un movimiento corporal como flexionar un dedo, disparar un arma o una venganza. Las interpretaciones pueden ser evidentes, sin embargo, a medida que se vuelven más complejas, se desvían más de la simple percepción, implican un mayor volumen de información y su rectificación se halla más vinculada

a la capacidad de proporcionar razones sólidas en un proceso argumentativo. (p. 31)

El juez es quien tiene la tarea de resolver este problema entre la percepción de los hechos y su interpretación cuando realiza el juicio valorativo de la prueba. Cuáles son las reglas que debe aplicar los magistrados son las que pretendemos fijar en esta tesis.

5. Clasificación de los Hechos

Hay una multiplicidad de hechos en el camino de la indagación y el proceso penal, por lo que se da la necesidad de poseer una visión molecular y molar como propone Muñoz Sabaté (2007) en sus trabajos de probática, como una forma de enfocar el fenómeno de la averiguación de hechos criminales (p. 67). La idea de molecular es la descomposición o análisis de los hechos, mientras que lo molar es tener una visión integradora de los hechos.

González (2005) propone una interesante clasificación de los hechos:

Sujetos a la voluntad: pueden ser acciones positivas que pueden ser intencionales («Se adquirió un vehículo deportivo») o no pensados como atropellar a una persona por manejar a alta velocidad.

Además, pueden ser omisiones intencionales como aquel que decidió no bajar de un árbol y nunca más lo hizo o no intencionales, como olvidar cerrar el caño de una bañera.

Los hechos internos o psicológicos también se clasifican en estados mentales, tales como las volitivas: Deseo de ser rico e intenciones como matar para quedarse con el patrimonio de la víctima. Las creencias, como la suposición de que podría emponzoñarlo con mínimas dosis de cianuro o las emotivas, como la una notable antipatía hacia una persona de su vecindad.

Adicionalmente, en esta categoría se postulan las acciones cognitivas como calcular mentalmente las consecuencias o decidir no hacerlo.

Además, los hechos en los que se evidencian relaciones de causalidad, como en el caso de la ingestión de aceite de colza como causante del síntoma toxicidad. (pp. 23-24)

Otra clasificación que ofrece González (2005) en relación con los estados de cosas, los acontecimientos y las acciones y omisiones que pueden ser naturales (cuando es factible proporcionar una descripción sin recurrir a reglas o convenciones), o institucionales (cuando no es factible proporcionar una descripción sin recurrir a reglas o convenciones), tales como "estar casado", "llegar a la mayoría de edad" o "jugar al ajedrez". (pp. 24) Aquí hace referencia a una descripción natural o en bruto, como el describir la escena del crimen, o descripciones establecidas por reglas como el decir que Juan es de estado civil divorciado.

González (2005) categoriza en el hecho externo, el percibido y el interpretado. El externo hace referencia a un suceso empírico que se ha dado de forma objetiva, sin la intervención de percepciones subjetivas o representaciones. Por otro lado, el percibido comprende las impresiones o la información que el hecho externo genera en nuestros sentidos. Finalmente, el interpretado se refiere a la representación que se elabora a partir de esa información sensorial. (p. 26) Esta clasificación conlleva a fijar criterios de tal forma que el hecho final se corresponda con la realidad. El hecho es externo porque está fuera de la subjetividad de la persona, la percepción implica la forma como ese hecho se incorpora en la memoria a través de los sentidos y si se posee las categorías y conceptos necesarios para poder interpretarlos.

6. Sistemas de valoración y razonamiento probatorio

En la historia de los sistemas procesales se han considerado los siguientes modelos, sobre los cuales hay que considerar que estos no van a ser puros, sino que van a tener alguna cualidad preponderante.

El sistema de prueba tasada es aquel donde la asignación de valor tiene su origen en la ley. Es el legislador por medio de reglas rígidas a priori (Dei Vecchi, Cumiz, 2019) quien determina cuánto peso tiene cada elemento de juicio, y también cuándo un grupo de pruebas es suficiente para considerar probada la proposición fáctica. (p. 56) Aquí observamos una combinación entre criterios de valoración y de estándar probatorio.

El modelo de íntima creencia, es aquel en él lo que cuenta para la atribución de peso probatorio es la subjetividad del decisor por lo que es un método introspectivo. La decisión proviene de los estados mentales-emocionales del juzgador acerca del enunciado fáctico los que determinan la corrección o no de predicar de ese enunciado el estar probado. De allí que Dei Vecchi (2019) sostenga que si el juez se siente «convencido» o «bastante seguro» -según el contexto de decisión de que se trate - entonces «está probado que p» (p. 56) En el fondo este sistema es un sistema dejado a los vaivenes de las impresiones personales, prejuicios, sesgos del juzgador. Un ejemplo es el sistema de jurados, por lo que a sabiendas de los riesgos sobre la decisión se han fijado algunas reglas para orientar a sus miembros en la toma de decisiones.

Este sistema no exento de críticas desde la doctrina que, si bien reconoce que fue una respuesta al sistema de prueba tasada, se fue al extremo como afirma González (2005) pues no comprendió como una ruptura de cadenas de las reglas tasadas de valoración, sino una suerte de libertinaje fuera de la cualquier regla (p. 75) Esta libertad absoluta se convirtió en el fondo, sin reglas, en una exacerbación del arbitrio judicial

Sistema de libre convicción a diferencia de los dos anteriores es (Dei Vecchi, Cumiz, 2019) aquel donde lo que cuenta a fin de determinar la fuerza probatoria es la relevancia gnoseológica de cada evidencia y, en especial, del conjunto de datos que se tienen de respaldo del enunciado fáctico (p. 57) Este sistema está gobernado por la razón, y que tiene como fin de arribar a la certeza.

La idea de la apreciación libre de la evidencia no significa que esta linde con la arbitrariedad, sino que debe respetar las reglas de la racionalidad como sostiene Ferrer (2013) que este es sistema es libre por no estar determinado por reglas de derecho que a priori fijen la consecuencia de ese juicio valorativo y que el procedimiento que consiste en evaluar el soporte empírico que las pruebas aportan a una conjetura es dependiente de reglas de racionalidad. (p. 26) La importancia del sistema radica en usar reglas construidas racionalmente, de allí que de acuerdo con Palacio (2000), las normas de la sana crítica poseen un carácter que trasciende lo meramente objetivo. El valor legal de cualquier evidencia, en última instancia, se fundamenta en el nivel de certeza que emana de la concordancia que debe existir entre la fuente y el objeto probatorio, evaluada desde las perspectivas de su posibilidad y su existencia. (p. 43) resultado probatorio de acuerdo con las

afirmaciones de las partes, puede ser la conclusión del juicio de hecho. Esto servirá para justificar la decisión judicial, y estimamos que no pues todavía queda el juicio jurídico que permitirá justificar las decisiones.

Carlos De Elia (1994) afirma que la tendencia de la legislación moderna es conteste en rechazar el sistema de evidencias legales, acudiendo a la evaluación racional probatoria por parte del juzgador (sana crítica) a base de criterios verificables procedentes de la experiencia judicial, la lógica y sus propios conocimientos personales. (p. 35) El esquema de valoración racional o sana crítica es el modelo asumido de forma predominante en el derecho procesal contemporáneo, y que recusa al sistema de pruebas legales, en los que el valor ya está predeterminado por el legislador, aunque subsiste en su forma de presunciones iure et iure.

Según Nieva (2010), la evaluación de la evidencia implica que el juez tome en cuenta los elementos que buscan demostrar los hechos establecidos en el procedimiento. (p. 19) Esta definición nos permite identificar al responsable de la valoración que es el juez, y el juicio es sobre la información producida por la recepción de la evidencia para la demostración de las afirmaciones de los sujetos en litigio.

Hernández Marín (2013) afirma que la evaluación de la prueba consiste en extraer conclusiones, directas o indirectas, a partir de enunciados que forman parte de la inferencia probatoria con el carácter de premisas iniciales, especialmente a partir de enunciados ciertos referentes a hechos (p. 157). Aquí se supone que los enunciados deben estar probados para extraer las conclusiones. Esto trae dos aspectos desde nuestro punto de vista, la valoración para declarar verdaderos o falsos los enunciados facticos, y sobre estos como premisas, pasar a justificar o no la decisión. De allí que tiene sentido lo sostenido por Hernández (2013) que la valoración es la realizacion de cadenas de razonamientos, cuyas premisas sean enunciados verdaderos referentes a pruebas procesales y que formen parte del razonamiento probatorio. (p. 157)

Un hecho probado no necesariamente será la base para una decisión del juez. Un fiscal puede demostrar materialmente el homicidio de un sujeto

descubriendo al autor, pero esto será insuficiente para la condena, pues si estamos ante la hipótesis fáctica de homicidio doloso, y este elemento subjetivo no es acreditado, no será posible desvirtuar la presunción de inocencia. Frente a esto cobra relevancia lo afirmado por Ubertis (2017) que es diferente el resultado de la prueba con la conclusión probatoria alcanzada al término de la valoración de la prueba (p. 71), pues aquí entran otros criterios que deben ser considerados para alcanzar una decisión justa.

Hay una relación importante entre la valoración y su expresión en argumentos o motivación, máxime si se emplea el enfoque epistemológico que al decir de Nieva (2010) es relevante para entender la formación de los juicios, destacando que la descripción de la motivación es crucial para que el magistrado de manera más clara y garantista explique su valoración. (p. 23) La motivación que describe el razonamiento del juez, es una garantía procesal según la Constitución, es decir dar las razones claras de por qué se llegó a una decisión.

La valoración va a tener un iter dependiendo del sistema que establezca la metodología, como sostienen Dei Vecchi y Cumiz (2019) que los modelos de valoración de evidencia son los métodos mediante los cuales se asigna peso probatorio a cada elemento de prueba y, en particular, al conjunto elementos disponibles para determinar si la proposición fáctica en cuestión está probada o no. (p. 54) El peso probatorio es otro problema que se plantea en la teoría de la prueba, pues hay que determinar cuáles son las reglas para medir la fuerza de la prueba, como concluir que una prueba es débil o fuerte de tal forma que la acreditación de los hechos tenga esa impronta.

Michelle Taruffo (2008) sostenía que el propósito de la valoración de la prueba radica en determinar la relación definitiva entre los elementos probatorios presentados y la veracidad o falsedad de las afirmaciones respecto a los hechos en disputa. Además, destaca que esta valoración busca establecer si las pruebas disponibles para el juez respaldan alguna conclusión sobre el estado epistémico final de dichas afirmaciones y, en caso afirmativo, en qué medida. (p. 132) Aquí vemos que Taruffo también hace referencia a la fuerza o peso probatorio cuando

hace referencia la probanza de los enunciados, y con qué grado, o que fuerza, lo que nos lleva al estándar de prueba.

El sistema de valoración debe tener una finalidad que es el fundamento del proceso, como es el acercamiento a la verdad, y en esta línea tiene coherencia lo afirmado por Nieva (2010) que, si el propósito de evaluar la prueba es desentrañar la verdad en la medida jurídica y humanamente factible, el proceso puede ser simplificado, y todos los esfuerzos teóricos pueden resultar beneficiosos. (p. 24) La clase de verdad que se debe alcanzar no es la filosófica sino la que entiende el común de las personas.

La apreciación permitirá probar las aserciones de las partes, pero también deben establecer las reglas para sostener que hay suficiencia de pruebas para justificar la decisión. Sobre esto Dei Vecchi y Cumiz (2019) consideran que el sistema determina qué es lo que cuenta para la decisión, y cómo ha de medirse nada dice acerca de la medida a partir de lo cual «lo que cuenta» es suficiente para la adopción de una tal decisión (p. 54) Este es una diferencia entre el esquema racional de evaluación probatoria y el estándar, pues aquí lo consideran por separado, y que el modelo de apreciación no dice cuanto es suficiente para probar sus enunciados.

Los sistemas de valoración probatoria (González, 2005) deben responder a dos preguntas 1. ¿Cuándo un caso está lo bastante probado como para sustentar una sentencia? y 2 ¿Qué reglas se tienen para evaluar la fuerza del raciocinio probatorio? Las respuestas históricas han sido en el sistema de prueba tasada en que el legislador establecía el valor a cada medio probatorio y por el sistema de libre valoración probatoria en el que el magistrado tiene la libertad de resolver si un hecho ha sido probado suficientemente. (p. 74) La una desde la ley, no le dejaba margen de apreciación al juez, de allí el impacto de la decisión tenía que ver con la configuración legal previamente establecida, y que estaba al arbitrio del legislador, y por el otro que le da más margen al juez para darle valor a la prueba, con la posibilidad que sin criterios adecuados, la decisión podía no ser necesariamente justa.

Probar una hipótesis implica que el medio de prueba tenga la fuerza o consistencia necesaria para hacerlo. Los profesores Schum, David y Twining (2015) dicen respecto de la fuerza o valor probatorios de un medio de prueba para confirmar la verdad de una proposición fáctica que un juicio sobre a) la relevancia del hecho de importancia para el cual la información probatoria ofrecida es pertinente y b) el grado en que esa información podría alterar la probabilidad que el hecho de importancia sea o no verdadero y el valor probatorio es el término usualmente empleado al sopesar la importancia de datos probatorios específicos, y resolver si deberían incorporarse, sin perjuicio de los efectos perjudiciales indebidos que la información podría tener. (p. 447) Este aspecto de la relevancia tiene trascendencia en la admisión y actuación de los medios probatorios pues una evidencia es relevante tiende a corroborar una suposición, y de alguna forma la relevancia también es una forma de valoración.

La fuerza que tiene la prueba para verificar una hipótesis está referida (Schum, 2015) al concepto de peso probatorio que tiene que ver con la potencia de la evidencia para verificar una conjetura señalando que «peso» es el concepto regularmente usado para determinar la medida en que la prueba de un caso, considerada como un todo, demuestra el probandum o probanda finales con el nivel de certeza requerido por el estándar probatorio aplicable. (p. 447) Mientras la prueba sea más potente epistémicamente hablando, mayor probabilidad para probar la hipótesis en juego y mayor fuerza para atravesar el umbral del estándar de prueba.

7. Valoración individual

En la doctrina se hace referencia a una valoración individual y otra que relaciona a todas ellas. Taruffo (2008) dice el enfoque fundamentado en el análisis racional de los problemas de pruebas e inferencias utilizado hasta ahora es «atomista» o «analítico», y se centra en examinar cada caso individual y sus medios de prueba específicos, además de considerar, de manera secuencial, el raciocinio debe realizar el juzgador para alcanzar una decisión adecuada y lógicamente fundamentada sobre los hechos en disputa. (p. 142) El manejo sólido del método como el análisis permitirá realizar el paso de las premisas a conclusiones lógicas bien fundadas.

La valoración individual es el punto de partida para posteriormente alcanzar un resultado probatorio. La importancia de este inicio es descrito por Vargas (2019) que afirma que en esta fase de la actividad probatoria el juez puede valorar individualmente cada medio de prueba (mp), formulando preguntas que tengan relación con los atributos de credibilidad de la evidencia palpable y la testimonial, y que los atributos para esta última (mp) son la, la objetividad, veracidad y la sensibilidad observacional, y para la tangible, como la documental (mp) son la autenticidad, la fiabilidad y la precisión. (p. 59) Sin embargo la valoración individual que permitirá darle un valor a cada medio de prueba es insuficiente para arribar a una consecuencia válida.

De la valoración individual se debe pasar a una totalizadora (Taruffo, 2008) respecto de los datos que han fluido de la recepción de la prueba. Este enfoque holístico sostiene que la decisión no debe centrarse en cada hecho concreto ni en cada medio de prueba de manera analítica, sino que debe relacionarse únicamente con "relatos" que engloban narraciones integrales de los hechos en disputa, considerados de manera uniforme, por lo que la evidencia no debe ser vista como un respaldo epistémico de una proposición acerca de un hecho específico, sino un factor a estimar para seleccionar una narrativa u otra del suceso global implicado en el caso. (Taruffo, 2008, p. 142) Esta perspectiva es la que planteaba Muñoz Sabaté al decir que se debe emplear una visión molar del fenómeno probatorio.

Taruffo (2008) considera que valorar la prueba implica decretar el valor de cada evidencia en relación con un hecho particular, con el objetivo de establecer cuándo y en qué nivel una proposición que afirma la existencia de dicho suceso puede ser estimado como cierto, basándose en pruebas pertinentes y examinado con esquemas lógicos de complejidad variable. (p. 139) El modelo de valoración o sana crítica es lo que está en la base de lo expresado por Taruffo, por lo que dominar estos sistemas permitirá que el decisor pueda realizar inferencias válidas.

La valoración de la prueba sigue el denominado canon holista o totalizador o molar de la prueba que se resume en el siguiente método (Tuzet, 2021) **“**…cada elemento de prueba debe ser considerado en conjunto con los otros elementos, determinando una valoración conjunta sobre los hechos a probar”. (p. 235) Es que sumar pruebas valoradas individualmente no significan que sumadas van a dar por

probada la hipótesis, pues tiene que existir una conexión lógica de estas para que articuladas o valoradas en conjunto puedan demostrar la existencia de los hechos.

Tuzet (2021) propone para la apreciación de la prueba lo que él denomina metáforas probatorias 1) de peso 2) de apoyo 3) de crédito 4) de combinación.

Las metáforas que se refieren al peso: "…como si hubiera cantidades medibles y confrontables en una ponderación, determinando si una prueba tiene más peso que otra, o si las pruebas de una parte tienen más peso que las de la otra. Piénsese, asi, en expresiones como "graves indicios" o "pruebas aplastantes." (p. 239) Esto podemos relacionarlos cuando en los casos de prisiones preventivas se requiera potentes elementos de prueba que en la Sentencia Plenaria Nº 1-2017 se ha descrito como sospecha grave o fuerte.

Las metáforas de apoyo se refieren al apoyo, al soporte, al sostén que las pruebas ofrecen a ciertas conclusiones, de allí es que se piensa en nociones como "solidez de las pruebas." (Tuzet, 2021, p. 239) Esto guarda relación al peso o fuerza de las pruebas de tal forma que esta potencia se refleje en una demostración de la hipótesis.

Las metáforas de valor (Tuzet, 2021) aluden a la garantia, del crédito que las pruebas ofrecen a una determinada conclusión; la idea es también aquí de tipo cuantitativo, pero de corte económico y jurídico (piénsense en las garantías crediticias) o quizá incluso de carácter moral su se subraya la idea de confianza aquí implicada (se da crédito a sujetos en los que confiamos)". (p. 240) La credibilidad implica valoración, de establecer que una prueba personal con alta credibilidad es una cualidad que el juez debe determinar del testimonio o de un reconocimiento.

Las de combinación (Tuzet, 2021) son las metáforas elaboradas sobre la idea de que las pruebas tienen conexiones y combinaciones tales que constituyen un todo más o menos complejo; asi, las pruebas pueden representarse como partes de un edificio o de un objeto a reconstruir, como las teselas de un mosaico, las voces de un crucigrama, las fibras de una soga o los eslabones de una cadena". (p. 240) Esto tiene que ver con el principio lógico de consistencia que opera dentro de un sistema y que es una expresión mayor a la de la simple contradicción. Una valoración conjunta consistente es un sistema de pruebas sin contradicción.

En la doctrina nacional sobre valoración de la prueba no se ha ahondado en forma sistemática respecto de criterios específicos para la justificación epistémica de las hipótesis formuladas por los sujetos procesales. San Martín (2001) en su primer tratado de procesal, en el ámbito de la valoración de la prueba hace un copioso recorrido por la doctrina europea, la jurisprudencia nacional sobre tópicos como la certeza procesal, la regla de valoración libre, el criterio de conciencia, presunción de inocencia, pero no logra establecer cuales, y como operan en la realidad los criterios racionales de la sana crítica (pp. 657-668). En un trabajo posterior (San Martin, 2017) señala que es admisible construir vía la jurisprudencia reglas que expresen la racionalidad y objetividad en la valoración judicial (p. 46), por esa razón desde la alta instancia del poder judicial se ha hecho un importante esfuerzo para construir pautas sobre valoración probatoria que pasamos a examinar y explica el fundamento, y allí han tenido un rol importante desde nuestro punto de vista los aportes del mismo San Martín, Neyra Flores, Prado Saldarriaga entre otros.

Taruffo (2008) propone que un primer paso en el razonamiento probatorio es evaluar la credibilidad de cada evidencia, advirtiendo los grados de dificultad para hacerlo, y que establecerla puede requerir llevar a cabo juicios complejos como cuando la certeza de una declaración es dudosa debe ser verificada con informaciones que den cuenta de la conducta del declarante durante las preguntas, o de su vinculación singular con la imputación y que la credibilidad es lo sustancial de la prueba testimonial, mientras que la autenticidad y precisión lo es de la prueba tangible o material. (p. 140) Lo que plantea es que la credibilidad de la prueba personal sea valorada de forma individual, y respecto de la prueba material, su autenticidad como paso previo a la futura valoración integral.

La perspectiva de valoración individual se le denomina atomismo en el razonamiento probatorio (Pérez, 2022) que sostiene que cada pieza de evidencia posee una capacidad probatoria distintiva, y proporciona una información única. (p. 16) en realidad estamos frente a la aplicación del análisis en el examen de una diversidad de pruebas.

Un criterio muchas veces mencionado en la doctrina sobre la prueba es el peso de las pruebas, la fortaleza acreditativa para el hecho que se pretende probar,

y esto a su vez tiene conexión con la credibilidad de allí que se sostenga (Taruffo, 2008) que el nivel de credibilidad de una evidencia coincide con su peso probatorio y el efecto es establecer el grado de certeza de la proposición fáctica acerca del principal hecho. p. 140)

La valoración de la prueba indirecta tiene cierta complejidad con relación a su abordamiento lógico, y en el camino para concluir con la prueba de un hecho desconocido Taruffo (2008) señala la existencia de dificultades y se argumenta que el resultado inmediato de la actividad probatoria consiste en la confirmación de un hecho circunstancial, basado en evidencias que se tienen a disposición. Sin embargo, este hecho se considera un *factum probans* y no un *factum probandum*, por lo que se debe hacer una deducción entre el hecho que ha sido demostrado y el hecho principal a probar, con el objetivo de establecer que el primero fundamenta una conclusión acerca del segundo. (p. 140) La prueba por indicios que tiene cierta complejidad porque se realiza a partir de hechos o indicios probados y se debe realizar una inferencia estableciendo una regla general que opere como premisa principal y permita hacer ese enlace con la premisa menor que sería el indicio probado para poder arribar a una conclusión. La premisa estaría conformada por máximas de experiencia, leyes de lógica o leyes de la ciencia. En el caso de máximas de experiencia como la concebimos como generalizaciones empíricas probables, tienen un margen de error que hay que considerar cuando se realiza la inferencia.

La inferencia, es decir, el pasar del hecho conocido o indicio probado hasta el hecho desconocido implica que ese tránsito pueda emplearse como puente tal como afirma Taruffo (2008) a la ciencia, la estadística o reglas de experiencia y que el valor probatorio de las evidencias indirectas tiene que ver con la validez gnoseológica y la fiabilidad de esos estándares pues si hay uno deductivo, la conclusión es que el hecho es verdadero y si se tienen estadísticas confiables, la conclusión será probable y si se sustenta en reglas de experiencia, el valor de las evidencias indirectas serán inciertas. (p. 141). Esto en razón que se está frente a un proceso inferencial, un paso de proposiciones que operan como premisas hasta llegar al hecho que se pretende demostrar.

8. Valoración conjunta

Luego del examen individual de las evidencias el siguiente paso es realizar el juicio conjunto de la prueba judicial, y en esta situación pueden darse los casos de corroboración probatoria (Vargas, 2019) que se presentan cuando dos o más evidencias van en la misma trayectoria de un hecho que, o es cierto (h) o no es cierto (no-h) (p. 83). El otro es el de la aproximación probatoria que se da cuando más de un medio probatorio van en el mismo sentido de una conjetura que verifica la lesión o la hace más probable (H: fractura o esguince) o la refuta o la hace menos probable (no-H: no fractura o no esguince) (Vargas, 2019, p. 84) La valoración conjunta implica realizar una conexión entre las pruebas individuales que permitan reforzar la hipótesis que se somete a comprobación, por ejemplo probar un homicidio a partir del testimonio de una persona que vio el acto de matar, la grabación en video como prueba documental del momento en que se produce el crimen, el lugar del homicidio, la evidencia biológica que acredita que el victimario tenía impregnado la sangre del fallecido, por lo que ese entrelazamiento de pruebas nos puede permitir demostrar la hipótesis del homicidio y de la autoría de ese delito.

En la valoración conjunta (Vargas, 2019) pueden darse oposiciones entre las pruebas propia de la contradicción probatoria, que se manifiesta cuando dos o más evidencias apuntan en trayectorias opuestas o contrarias (p. 85) y el conflicto probatorio que se da (Vargas, 2019) cuando dos o más evidencias van en sentido de dos o más sucesos distintos y estos a su vez, se dirigen hacia hipótesis opuestas, siendo una probada (H) y la otra infirmada (no-H). (p. 86) Frente a estas posibilidades debemos afirmar que la apreciación de la prueba debe tener consistencia, es decir que los enunciados se entrelacen de forma coherente.

También hay un fenómeno probatorio que tiene que ver con la utilidad de las pruebas ofrecidas y actuados y es el de *redundancia probatoria* (Vargas, 2019, que se da cuando más de dos evidencias se dirigen por diferentes itinerarios de los hechos y, condicionadas a su credibilidad, pueden ser repetitivas o superfluas, logrando que la hipótesis (H) sea más probable, demostrándola o refutándola, haciéndola improbable (p. 87) La redundancia implica repetición, por lo que si hay evidencias para confirmar una conjetura, se vuelven innecesarias cuando son abundantes y ya no traen información relevante sino la misma.

La valoración conjunta o método holista (Pérez, 2022) presume que solo conocemos realmente un objeto cuando nuestros conocimientos sobre este forman una unidad ordenada, estructurada o sistematizada. (p. 15) Es tener una visión integral o molar o totalizadora sobre el suceso que es materia de imputación por parte de la acusación.

Los criterios para ser empleados en la valoración probatoria como en el uso de la lógica deben ser específicos y que en la praxis permitan aplicar las reglas de identidad, de tercio excluido, de no contradicción, de razón suficiente y el de consistencia. Con relación a las reglas de la experiencia, están son construidas aplicando la metodología inductiva, y la incorporación de factores de tal forma que se construyan reglas que funcionen como premisa dentro de una lógica de probabilidad. En el juicio valorativo de las pruebas de carácter científico se deben aplicar las reglas para el examen o verificación de las teorías científicas.

Gascón (2004) dice que el reto para las gnoseologías empiristas es el de desarrollar un saber racional fundamentado en la observación, pero ha sido también superar el problema de la inducción, pues la cuestión del conocimiento empírico es cómo conocer los hechos que no se pueden percibir, o porque son del pasado o sean hechos del futuro. (p.13) En el proceso judicial se trata de reconstruir como historiadores el pasado, pues los hechos se traen a partir de proposiciones fácticas que deben ser sometidas a verificación y desde ya podemos decir que esa demostración es probable y no concluyente muchas veces.

Los criterios que deben ser aplicados para dar por probada una hipótesis con una alta probabilidad de acercamiento a la verdad fuera de toda duda serían la evidencia de la credibilidad o la autenticidad de los datos que se originan de las pruebas recepcionadas en el juicio, y el enfoque molecular y molar para extraer resultados probatorios que confirmen las conjeturas ofrecidas por las partes. La valoración conjunta apunta a reconstruir el hecho o suceso histórico de forma integral.

CAPITULO VIII

LA PRUEBA TESTIMONIAL

1. Aspectos conceptuales

Respecto del testimonio la profesora Carmen Vásquez (2015) identifica tres elementos esenciales que lo caracterizan como 1) La manifestación de información, creencias y conocimiento a través de un acto comunicativo. 2) Una relación lógica entre las afirmaciones del orador y el conocimiento obtenido por la audiencia, y 3) la información recibida al menos en parte, a través de dicho acto comunicativo. (p. 50) Lo que podemos apreciar de esta postura es que el testimonio es la expresión de un acto de comunicación de los datos percibido del entorno por el testigo a través de sus sentidos.

El testimonio a lo largo de la historia ha sido una fuente importante de información para poder reconstruir nuestra existencia en el mundo y en los casos de conflicto en ayudar a esclarecer respecto de los hechos en disputa y ya encontramos algunas prescripciones bíblicas del testimonio citado por Schum (2016) como que cualquier injusticia o todo caso se decidirá a través de la declaración de dos o tres testificantes. (Deuteronomio 19:15) Si tu hermano hace algo en tu contra, consigue a uno o dos personas para que el conflicto se decida por medio de la declaración testimonial de dos o tres personas (Mateo 18:16) (p. 271) y que en el fondo lo que se estaba haciendo es usar la confirmación o corroboración como un elemento para el establecimiento del peso y potencia de la evidencia testifical.

Bentham en sus trabajos sobre la prueba se planteaba interrogantes para determinar la fuerza del testimonio:

1. ¿Cuán confiable es el testigo con respecto a la verdad del evento afirmado?

2. ¿Cuán conforme a la experiencia general (es decir, cuan raro) es el evento afirmado?
3. ¿Hay motivos para sospechar de la falta de credibilidad del testigo?
4. ¿Es el testimonio avalado o cuestionado por otras pruebas? (Schum, 2016, p. 274)

En estas interrogantes Bentham pone el acento respecto a la fiabilidad del testimonio, respecto de la lo que dice el testigo del suceso que es materia de prueba, si es posible que este en la realidad se haya dado, y también si hay alguna razón para sospechar de la credibilidad del testigo, y lo que nos parece más relevante es si el testimonio tiene refutación o confirmación con otras pruebas de tal forma que se pueda concluir en un testimonio verdadero o un testimonio falso.

La denominada sensibilidad observacional en el lenguaje de Jonathan Cohen va a provocar un conjunto de problemas y un escenario de incertidumbre con relación a la fidelidad de las observaciones. González (2005) describe cuáles pueden presentarse y su significado:

1) Su dependencia con respecto a los sentidos: La primera fuente de incertidumbre se origina en que los rasgos los sentidos sujetan nuestra percepción del mundo.
2) La posibilidad de espejismos: La percepción de un evento no es uniforme, sino que se compone de un conjunto de experiencias sensoriales diversas: visuales, táctiles, auditivas, entre otras.
3) La posibilidad de alucinaciones: en ocasiones, el problema perceptual radica en que el fenómeno observado no parece corresponder a ninguna característica del objeto externo.
4) La interconexión entre la percepción y interpretación de un hecho que no son procesos completamente independientes, sino que mutuamente se influencian. Las interpretaciones se basan en los datos sensoriales derivados de los hechos per nuestra red de conceptos, jerarquías, saberes, reglas de experiencia, afecta nuestras percepciones y opera procedimiento de escogimiento de los datos sensoriales recibidos. (pp. 27-28)

La fiabilidad de lo recepcionado en la memoria del testigo tiene que ver también con el significado que le atribuye a lo captado por sus sentidos, es decir a lo percibido. Si el testigo tiene problemas en sus órganos receptores esto va a sesgar

la percepción, y recuperar posteriormente información no veraz, y no porque el testigo lo haga de forma dolosa, sino que ese disloque con la realidad tiene como causa los defectos de sus sentidos.

Hay que considerar que la valoración del testimonio ha tenido en principio un sesgo de subjetividad pues se había establecido como criterios la forma como el testigo brindaba su testimonio, su manera de mirar, hablar, pararse, es decir desde una lógica muy cercana a la irracionalidad que respondía a una concepción de la inmediación de tinte psicologista.

Orión Vargas (2019) propone que los siguientes criterios para valorar el testimonio debe contemplar tres atributos a considerar en la valoración individual de la credibilidad de un testigo que ofrece prueba testimonial (mp) realizada por el juez en la etapa de recepción de la evidencia y son objetividad, la veracidad y sensibilidad observacional. (p. *38)* Toma estos criterios de los planteamientos realizados por Schum para poder apreciar de forma racional el testimonio.

2. Atributos de la fuente humana

Cómo se concibe la credibilidad de un testigo, pues Manzanero (2010) dice es la evaluación subjetiva de la precisión percibida de las afirmaciones de un testigo, basada en inferencias que consideran diversos factores, como las circunstancias y atributos del testigo y del delito, así como nuestros conocimientos, creencias y la coherencia estimada entre las declaraciones y otros elementos probatorios.(p. 83) Arribar a la conclusión que el testigo es creíble es aplicar el razonamiento lógico al evaluar a este órgano de prueba.

Con relación a la **veracidad** Schum (2016) sostiene que las personas no siempre reportan los eventos que creen que han ocurrido y que es posible reformular esta generalización para ser leída como:

> “Cuando una persona reporta haber observado la ocurrencia de un evento, esta persona (usualmente, a menudo, con frecuencia, etc.) cree este evento ha ocurrido. Se requiere algún velo, dado que no suponemos que las personas siempre testifican de acuerdo con sus creencias.” (p. 155)

La máxima de experiencia propuesta por Schum tiene desde la probabilidad inductiva un margen de error, pues un testigo puede reportar un evento falso por problemas de recepción de sus sentidos, o hacerlo dolosamente a sabiendas que la información que da es falsa.

La **objetividad** implica según Schum (2016) que las creencias que las personas tienen como resultado de una observación no siempre responde a la prueba sensorial que ellos recibieron durante esta observación y podríamos afirmar:

> "Si, basada en una observación, una persona cree que un evento ha ocurrido, entonces esta persona (usualmente, a menudo, con frecuencia, etc.) ha recibido prueba sensorial de este evento. Esta generalización permite la posibilidad de que las creencias de una persona no sean consistentes con la prueba sensorial que esta persona obtuvo." (p. 155)

Si una persona brinda una información, debe suponerse que esta proviene de la realidad mediante prueba sensorial, pero también está la posibilidad que la persona haya recibido la información de terceros, y entonces estaríamos ante un testimonio de referencia, pero de origen desde la fuente.

Se alude a la **sensibilidad observacional** como factor de medición de la fuente de información de una persona. Schum (2016) sostiene que las pruebas de nuestros sentidos no son infalibles y se puede afirmar:

> "Si los sentidos de una persona proveen pruebas de un evento, entonces este evento (usualmente, a menudo, con frecuencia, etc.) ha ocurrido. Esto permite la posibilidad de que los sentidos de una persona hubiesen sido exactos o estuviesen equivocados de alguna manera" (p. 155)

Es de enfatizar que este razonamiento de Schum se da en el campo de la probabilidad lógica, construyendo máximas para que operen como premisas en la inferencia probatoria.

Schum (2016) da unos ejemplos para entender mejor estos conceptos que desde su perspectiva coadyuvan en la inferencia probatoria.

Veracidad (etapa 1 de la credibilidad). Si un oficial de policía, testificando bajo juramentado, sostiene que un hecho ha sucedido, esto implica que el

oficial (en general, probablemente, muy a menudo, etc.) cree que este evento ha ocurrido.

Objetividad (etapa 2 de la credibilidad). Si un oficial de la policia cree que ocurrido un suceso, entonces este el hecho (en general, probablemente, muy a menudo, etc.) fue evidenciado por los sentidos del oficial.

Sensibilidad Observacional (etapa 3 de la credibilidad). Si los sentidos de un oficial de policia dan pruebas de un suceso ocurrido, entonces este hecho (muy a menudo probablemente, etc.) ocurrió. (p. 165)

La *fiabilidad* (González, 2005) como criterio, busca que los datos sobre las cuales se deduce la conjetura sean exactos y fiables y que esta información provenga de la percepción del magistrado, de teorías científicas como las que sustentan las pruebas de ADN, y resultado de otra inferencia. (p. 81) La fiabilidad si bien tiene una relación con la credibilidad, no son términos idénticos pues cuando se afirma que un testimonio es creíble se está sosteniendo que probablemente sea verdadero o verosímil mientras que lo fiable apunta más a la consistencia y la precisión de la prueba, Un testimonio puede ser creíble, pero si tiene algún problema con los sentidos, o la memoria, estos defectos sensoriales no garantizan que el testimonio sea exacto.

3. Criterios en la Jurisprudencia nacional

El Tribunal Supremo ha fijado criterios de valoración de imputados, testigos frente a situaciones difíciles. Haremos un recorrido y desde la epistemología realizaremos un análisis de las reglas.

3.1. Cambios de versión de imputados o testigos.

En el caso de las retractaciones que son situaciones que se han dado en casos graves como los actos terroristas que asolaron hace más de treinta años atrás en el Perú, y cuando luego de la declaración de nulidad de los procesos por la justicia constitucional, los arrepentidos cambiaron de versión. El R.N. N° 3044-2004 establece un enfoque crítico vinculante ante la tendencia jurisprudencial que

reduce la credibilidad de las declaraciones inconsistentes de los testigos, resaltando la necesidad de evaluar detenidamente las circunstancias que rodean tales situaciones. Es evidente que muchos testigos temen represalias de los presuntos responsables si deciden dar su testimonio incriminador. En Perú, este fenómeno es especialmente notable en casos de terrorismo, donde existe el temor de que los rezagos de las organizaciones terroristas puedan asesinar a quienes los delaten. En el ámbito del narcotráfico, donde los cárteles emplean sicarios, es esencial garantizar la protección tanto del testigo como de su familia. En términos generales, las organizaciones criminales utilizan mecanismos de intimidación para asegurar la impunidad de sus integrantes.

La reciente proliferación de bandas organizadas, junto con la creciente migración venezolana, ha acentuado actividades delictivas como la extorsión, el secuestro y el asesinato, frecuentemente disfrazadas bajo la apariencia de "gremios sindicales" o brindar supuesta seguridad que ha provocado la declaración de emergencia por el Estado. Estas organizaciones emplean la violencia y la intimidación para exigir pagos en proyectos de construcción y son propensas a amenazar a los testigos que se atrevan a denunciarlas. Además, en delitos que comprometen la libertad o la indemnidad sexual, especialmente cuando los acusados son familiares de la víctima, se ejerce presión psicológica sobre la agraviada para que modifique su testimonio, buscando así preservar la unidad familiar y evitar la encarcelación del agresor. Si el agresor es el principal sostén económico del hogar, se recurre al chantaje emocional, sugiriendo que su testimonio perjudicará la situación familiar. Esto revela que tales presiones están motivadas económicamente, sin tener en cuenta el daño infligido a la víctima.

La impunidad que puede surgir de estos cambios inesperados en el testimonio puede persistir. Por lo tanto, la norma jurídica derivada de la Ejecutoria Suprema R.N. N° 3044-2004 es pertinente, ya que permite al juez considerar las declaraciones realizadas en sede policial, durante la fase de instrucción o en la etapa preparatoria del CPP 2004, así como en el juicio oral, siempre que estas declaraciones sean objeto de contradicción, garantizando igualdad, publicidad e inmediación, y que presenten mayor verosimilitud y fidelidad. No se descalifica automáticamente a la víctima que modifica su declaración; en cambio, se debe

evaluar el testimonio que cuente con confirmación probatoria. Estas situaciones excepcionales hacen que esta norma sea útil para prevenir la impunidad.

3.2. Reglas para la valoración de la declaración del coacusado, testigo o agraviado

El Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 tuvo como objetivo determinar el valor de las incriminaciones de coimputados, testigos y agraviados, con el intento de socavar la presunción de inocencia de los acusados.

Las consideraciones preliminares a tener en cuenta son que, cuando un coimputado testifica sobre las acciones de otro imputado en relación con hechos en los cual ambos han participado, esta circunstancia no invalida inmediatamente su declaración. Es necesario emplear criterios alternativos para valorar la veracidad de su declaración y establecer medidas de precaución, dado que el coimputado no está obligado a decir la verdad, no requiere juramento y no enfrenta riesgos de sanción.

El Alto Tribunal establece que es imperativo analizar la personalidad del coimputado. ¿Cuáles son los criterios para llevar a cabo esta evaluación? Es fundamental establecer la naturaleza de la relación con el acusado. El objetivo es asegurar que el testimonio del coimputado que incide in el imputado no derive de emociones de odio, venganza o la búsqueda de beneficios personales.

Asimismo, el Tribunal Supremo indica que es necesario evaluar si la declaración del coimputado tiene como objetivo exonerarse de su propia responsabilidad, eso que ya ofrece un fundamento para interpretar su afirmación. La declaración del coimputado debe estar respaldada por evidencias que incriminen al sindicado. Asimismo, es crucial examinar la coherencia y robustez del testimonio del coimputado, así como la consistencia de sus declaraciones. Es factible que, a lo largo del proceso, el coimputado altere su declaración; sin embargo, esto no obstruye al magistrado en su facultad de examinar todas las afirmaciones realizadas y seleccionar la que estime más pertinente. Es necesario considerar que se aplica la misma lógica establecida en la Ejecutoria Suprema Vinculante R.N. N° 3044-2004.

Respecto a la evaluación de la declaración del agraviado, se admite que esta implica una carga negativa para el imputado, precisamente por su condición de víctima. No obstante, en esta situación, es necesario considerar razones objetivas que invaliden las afirmaciones. El Tribunal Supremo, fundamentándose en principios de la jurisprudencia española, propone tres criterios para evaluar la declaración del agraviado y arribar verdad aproximada:

1. Ausencia de incredibilidad subjetiva: es imperativo determinar que no existan animosidades, rencores o antagonismos entre la parte agraviada y el imputado que puedan comprometer la objetividad del relato. Estas circunstancias deben preceder al delito. De acuerdo con la doctrina (Schum, 2016), la base de cualquier argumento fundamentado en evidencia es la credibilidad de las fuentes, incluidas nuestras propias observaciones directas. (p. 59). El criterio de credibilidad es fundamental en la evaluación de la evidencia; el reto consiste en determinar su contenido.

Esta norma puede formularse como un principio empírico: cuando un individuo presenta conflictos significativos previos con otro, es probable que, durante un procedimiento judicial, lo incrimine falsamente o que, al menos, su testimonio sea cuestionable. A pesar de que esta norma que, siendo una generalización, debe ser utilizada junto con otros criterios para llevar a cabo una inferencia válida. Es esencial confrontar el testimonio con otras evidencias que faciliten la corroboración de la veracidad de lo expuesto por el testigo, así como identificar posibles motivaciones fundamentadas en rencores o conflictos anteriores. Emplear esta máxima de manera simplista, reconociendo que se fundamenta en probabilidades inductivas y no en afirmaciones categóricas, es irresponsable e irracional. La psicología del testimonio debe respaldar el razonamiento, enfocando la atención no en las circunstancias personales del testigo, sino en la corroboración del testimonio.

Verosimilitud: la declaración debe estar confirmada con información contigua, en aplicación del criterio no basta una incriminación para derrotar la garantia de los reos que es la presunción de inocencia. Estimamos que en realidad este es el criterio que tiene fuste epistémico porque obliga la verificación o

refutación del testimonio que se ha brindado. Es más, nos atrevemos a decir que esta es la única regla útil en esta propuesta de nuestra Corte Suprema.

Persistencia en la incriminación: que el declarante haya persistido en un relato coherente y sólido durante el procedimiento, sin contradicciones, aunque puede darse la retractación. En algún momento los jueces quisieron aplicar esto de manera mecánica, no entendiéndola como criterios no concluyentes, y allí el error en el razonamiento probatorio. En los delitos contra la indemnidad sexual de menores, en los que hay una sola declaración de la víctima no era posible aplicar esta regla de persistencia, por lo que al no concurrir esta se ponía en cuestión la veracidad del testimonio, lo que es un absurdo.

El Acuerdo Plenario N° 2-2005 tuvo antecedentes en el R.N. N° 1659-2005 de Ica, en el que se establecieron criterios análogos, o el R.N. N° 1972-2005 de Tacna, relacionado con un caso contra el patrimonio, donde se determina que la declaración de la víctima carece de evidencias en contra, que pongan en duda su credibilidad para incriminar a los acusados. Se presentan evidencias que respaldan la acusación, incluyendo la diligencia de registro personal del imputado, efectuada en presencia del Fiscal y que arrojó un resultado positivo para un arma blanca, así como el acta de constatación de daños en el camión de la víctima, que evidenció la ruptura del espejo retrovisor. Estos indicios demuestran la identificación efectuada por la víctima, la cual se basa en pruebas periféricas creíbles y carece de fundamentos que impugnen su veracidad. Con posterioridad, en el R.N. Nº 3437-2005 Cono Norte de Lima se asume reglas del precedente vinculante en la valoración de la sindicación de un testigo al establecer que se deberá observar las reglas del Acuerdo Plenario Nº 2-2005. En el caso concreto se absuelve a los acusados porque el testigo de cargo contra ellos tenía una animadversión anterior al hecho imputado, que puso en cuestión su credibilidad, pero no se analizó si solo ese conflicto previo era el determinante, o se había demostrado que la incriminación era falsa.

Es de singular importancia estas reglas de evaluación que ya habían sido establecidas por la jurisprudencia española, porque permiten fijar pautas racionales magistrados y para los abogados defensores, que podrán utilizarlas en la oportunidad de dar el mérito a las evidencias, sin embargo, un aspecto a precisar

es que estas no son reglas tasadas, sino que deben aplicarse como una suerte de filtros en los casos concretos. En el fondo estas reglas son máximas de experiencia que desde la inducción tienen margen de error, de allí que hay que tener sumo cuidado en aplicarlas de forma mecánica.

4. Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual. Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116

Los delitos contra la libertad sexual son prevalentes en nuestro país, y con el objeto de prevenir y sancionar estas conductas antisociales, la Corte Suprema ha considerado necesario perfeccionar la evaluación de la prueba, dada la complejidad inherente a la naturaleza de estos delitos.

4.1. Fundamentos Jurídicos

Los Jueces Supremos recepcionaron diversas propuestas como de los grupos que afirmaron que de los casos procesados se absolvía al 90 por ciento, y consideran que el factor es que los jueces no saben examinar la prueba indiciaria.

También otros grupos estiman que el juicio valorativo esta sesgado por estereotipos de género en los operadores de justicia, y que se reflejan en las sentencias supremas en los Recursos de Nulidad N° 2929-2001/Lima, N° 4063-2008/Apurímac, y N° 3085-2004/Cañete.

Una solución para abordar la fragilidad en la valoración probatoria es la incorporación de criterios derivados de los artículos 70 y 71 de las Reglas de Prueba de la Corte Penal Internacional, tales como las siguientes:

A. El consentimiento de la agraviada no podrá inferirse:

1. De ninguna declaración o acción de la víctima cuando hay de por medio la fuerza, la amenaza, la coacción o la existencia de un contexto de violencia que haya debilitado su capacidad para dar una aprobación libre y voluntaria.

Esta regla es importante porque se tenía la costumbre que para acreditar el no consentimiento la víctima esta tenía que repeler la agresión del violador y como no se encontraba las evidencias de ese rechazo, se infería que la víctima había

consentido. En algún momento si es que había indicios de lucha contra el violador, las defensas en esta situación plantearon defensas poco verosímiles como que la víctima había consentido, y si había huellas de agresión en la víctima era porque la violencia era parte “juegos sexuales consentidos”. La misma situación de ultraje sexual es suficiente para paralizar por el miedo a la víctima que puede representarse la posibilidad de su muerte.

2. De ningún locución o comportamiento de la víctima cuando se demuestre que no puede dar un consentimiento por incapacidad

No es admisible estimar que la víctima ha consentido pues ha expresado su voluntad para acceder a contacto sexual cuando se demuestra que no se encuentra en situación de dar un consentimiento libre por lo que esta voluntad está viciada. Una víctima con enajenación mental.

3. Del mutismo o de la ausencia de rechazo de la víctima

El silencio que puede ser una expresión del terror por ser agredida sexualmente ni la falta de resistencia puede estimarse como libre consentimiento de contacto carnal. En la jurisprudencia nacional estaba enraizada la regla que si no había evidencias de la resistencia de la víctima, entonces había aceptado voluntariamente.

4. La credibilidad de la víctima o de un testigo no pueden fundarse en conducta anterior o posterior, de índole sexual

Esta es una regla importante puesto que siendo una expresión de prejuicios y sesgos cognitivos, cuando se afirmaba que la víctima tenía una vida anterior en la que había dispuesto de su libertad sexual como ejercicio de un derecho, o que había tenido múltiples parejas se infería que a partir de ese comportamiento previo la víctima había consentido el acceso carnal. Estas apreciaciones impregnadas de subjetivismo han estado presentes en la jurisprudencia, y van contra el juicio valorativo racional de la evidencia. Encontramos en la casuística de la Corte Superior de Lima uno caso en el que se postulaba el abuso contra una mujer que ejercía la prostitución. El ultraje sucedió en un hotel en donde habían convenido

previamente tener relaciones sexuales con intercambio de dinero, hasta que la víctima no aceptó que su cliente en ese momento y luego violador le introdujera una botella por su genital. Puso resistencia, pero el violador logró introducirle a la fuerza el objeto. El descargo en ese caso por la defensa fue que la víctima era prostituta y que parte del trato fue la introducción del objeto, lo que fue rechazado por la víctima en razón que su consentimiento no fue para esto último.

B: Está prohibido aceptar evidencia de comportamiento sexual anterior o posterior de la agraviada.

Lo anterior implica que no el juez no puede admitir pruebas si es que no son relevantes para acreditar la imputación de violación sexual. Las evidencias de conducta no pueden pasar el filtro de pertinencia

C**.** No es causal de absolución por existir solo la “declaración única” de la víctima

Siendo que una de las características de los delitos de ultraje sexual es que son clandestinos, muchas veces como prueba personal solo se tiene la declaración de la víctima, y existe la regla que no basta la sindicación sino tiene que corroborarse con otras pruebas, lo que es aplicable en este caso, por lo que decir que se condena con la sola declaración es una media verdad.

D. Que no se puede sobrevalorar la pericia sustentada en la pérdida de la integridad sexual de la víctima y en la acreditación de violencia física.

La violación sexual como acto lesivo no solo abarca el acceso carnal vaginal sino por otras vías, no siendo necesario el uso del genital masculino sino puede usarse objetos para tal efecto, por lo que en los peritajes médicos legales no pueden concentrarse en una sola forma, ni tampoco que se haya acreditado violencia fisica adicional contra la víctima.

4.2. La Perspectiva de Género

Esta perspectiva tiene la finalidad que en busca los delitos contra la libertad o indemnidad sexual, se rechace la valoración en el proceso de cualquier sesgo o prejuicio o idea trasnochada tomando como referencia el género y que pueda ser considerado como una agresión contra la dignidad de la agraviada. Desde una visión objetiva, se exige que se pueda admitir de forma adecuada la prueba y con una valoración que neutralice la posibilidad de traiga consecuencias atentatorias de la dignidad de la mujer, y promueva la falta de sanción a los culpables.[11]

En este aspecto, es importante señalar que los prejuicios no son únicamente inherentes al género, ya que los estereotipos pueden surgir de evaluaciones raciales, étnicas, económicas y sociales, lo cual, en esencia, fundamenta la discriminación, inaceptable para la dignidad humana.

El Tribunal Supremo, aunque acepta la “perspectiva de género”, estima que no es la única regla para la intervención y regulación jurídico penal y procesal. Esta visión sobre los abusos sexuales es de particular relevancia, considerando la preocupación y el impacto que produce el fenómeno de la violencia sexual a mujeres, adolescentes y niños principalmente. Esta perspectiva persigue prevenir la impunidad y las disrupciones resultantes de la implementación de protocolos, manuales, pautas de investigación, servicios de expertos y la administración de justicia.

El Pleno propone la adopción de lo estipulado en la sentencia González (Campo Algodonero) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitida el 16 de noviembre de 2009, en particular en el párrafo 502. La sentencia sugiere que los Estados unifiquen sus protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación y servicios periciales y judiciales utilizados en la indagación de delitos vinculados a desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres. Es necesario adherirse a protocolos internacionales como el de Estambul o de la ONU sobre la indagación de ejecuciones sin juicio, así como a las normas internacionales relativas a la búsqueda de personas desaparecidas, incorporando un enfoque de género. Asimismo, es necesario presentar un informe anual durante un lapso de tres años.

[11] Octavo considerando

4.3. Elementos de la perspectiva de género

El Pleno de Jueces Supremos detalla los elementos de esta perspectiva:

A. La existencia de relaciones de poder generalmente favorables a los hombres como grupo social y segregacionistas para las mujeres.
B. Las relaciones han sido edificadas social y históricamente y son inherentes a las personas.
C. Las relaciones de poder existen en la sociedad y se interrelacionan con otras formas de relaciones sociales, como la clase económica, la raza, la edad y la orientación sexual.

Los abusos sexuales se fundamentan en la violencia contra la mujer, que es inherente a la cultura machista y se manifiesta a través de un patrón que favorece al hombre, y que está presente en diversas culturas y sociedades. Según las Naciones Unidas, esta violencia abarca:

a) La violencia en sus diversas expresiones que ocurre en el ámbito familiar, e incluye prácticas culturales que perjudican a la mujer, tales como la dote, la mutilación genital y la explotación.

b) La violencia que se manifiesta dentro de la comunidad en general, incluyendo ataques sexuales, acoso o intimidación en diversos entornos como el laboral, así como la mercantilización de las mujeres.

c) la violencia permitida por el Estado que produce impunidad.

4.4. Identificación de los problemas objeto de análisis jurisprudencial

En esta reunión de Jueces Supremos se fijaron los problemas que debían ser abordados por su relevancia de la siguiente forma:

A. Establecer si delito de violación sexual (Art. 170 del Código Penal) debe verificarse la resistencia o no de la agraviada en la agresión realizada por el autor.

B. Cuando hay cambios de versión de la víctima debe debilitar la veracidad de la incriminación inicial.

C. Respecto de la confirmación probatoria, que se debe evitar o acceder

5. Irrelevancia de la resistencia de la víctima del ataque sexual

El delito de agresión sexual no solo implica el uso de violencia física para doblegar a la agraviada sino además la intimidación con un perjuicio a su salud del propio ultraje sexual, como el asesinarla o mutilarla. Por estas razones, los Jueces Supremos concluyen que es no es importante que la victima se haya defendido de la agresión o no lo haya hecho.

Han existido pronunciamientos en la jurisprudencia en la que se infería erróneamente que si la víctima no se había defendido entonces había aceptado o consentido el acto sexual La falta de resistencia puede tomarse como una manifestación de consentimiento. Acudiendo a una hermenéutica sistemática los Jueces Supremos citan legislación civilista en donde hay supuestos que invalidan una manifestación de voluntad cuando se intimida a una persona al persuadirle que sufrirá un daño tanto ella como sus parientes (Art. 215 del Código Civil) y los elementos que se deben considerar para poder concluir que se ha viciado su voluntad como género, edad y cualquier otra condición que puedan influir. La idea central es que el contexto puede amedrentar a la agraviada, sin que se identifique una amenaza concreta (Art. 216 del CC)

Otro supuesto donde no es relevante la defensa de la agraviada es cuando se da un secuestro, situaciones análogas, o las agresiones son continuas. La víctima no saca adelante una defensa de su libertad, o no se manifiesta verbalmente, porque evalúa que es inútil la defensa para que se arrepienta el autor, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física.[12] No es posible uniformizar la forma de resistencia de la víctima frente a estos delitos, y lo mismo puede ser aplicable en casos de robos en los que la víctima tiene que ceder en la entrega del patrimonio para evitar una lesión mayor contra su integridad física.

6. Declaración de la víctima y el valor de declaraciones no uniformes

[12] Vigésimo primer considerando

Los Jueces Supremos subrayan qué en la ejecutoria vinculante, R.N. N° 3044-2004, se ha establecido como norma que, dentro del proceso penal, ante la presencia de dos o más declaraciones que no son consistentes ni persistentes por parte de un mismo sujeto procesal: coimputado, testigo-víctima, o testigo, es factible dar prioridad a aquella declaración que contenga elementos de inculpación, por encima de las que sean de naturaleza exculpante. Este enfoque adquiere una lógica particular, especialmente en el contexto de delitos sexuales, donde a menudo se presenta una relación de parentesco, subordinación o poder entre el agresor y la víctima.

La retractación

En los delitos de ultraje sexual puede darse el cambio de declaración de la versión primigenia de la agraviada y esto de alguna forma pone en observación la credibilidad de la presunta ultrajada y puede traer como consecuencia la absolución de un verdadero culpable. La nueva versión puede ser falsa o podría eventualmente ser veraz.

Los Jueces Supremos en este Acuerdo formulan guías que valgan verdades ya estaban puestas en jurisprudencias anteriores como cuando la agresión se concreta en el seno de una familia, de un cercano círculo social por lo que se debe verificar la incredibilidad subjetiva, que se confirmen los dichos, que la versión no sea irrazonable y el cambio de versión sea consistente.

Dada la naturaleza de los delitos contra la libertad sexual, se estima que el requisito de homogeneidad de la declaración incriminatoria debe ser dúctil ya que el curso largo del proceso puede provocar en la victima ideas de cambio de versión, sea por presión del entorno familiar, la protección de una presunta unidad de la familia, y también hay que decirlo, cuando el agresor es la única fuente de ingresos de la familia.

Validez de la retractación

El Pleno buscando un equilibrio fija reglas para reconocer el valor o la veracidad del cambio de versión y postula una evaluación interna y externa de la misma.

En lo interno:

- La fuerza o fragilidad del testimonio inculpatorio y la confirmación simultánea que haya habido en ese momento.
- La consistencia de la nueva narrativa y su fuerza acreditativa.
- La justificación razonable de haber mentido

En lo externo

- Los nexos que haya tenido el acusado con la agraviada o de informaciones que permitan deducir que el cambio de versión responde a una manipulación
- Los efectos negativos provocados por la denuncia de agresión sexual en el ámbito afectivo, económico y familiar. Para descubrir estos indicadores, se debe recurrir a la narración brindada por la víctima y también de los datos que puedan proporcionar sus parientes.

Conducta sexual de la víctima

Una de las características esenciales de las evidencias es su relevancia con respecto a la imputación definida para el juicio. ¿Es relevante el comportamiento sexual de la víctima antes del incidente para evaluar su credibilidad, honorabilidad y disponibilidad sexual? La respuesta es no. Es fundamental reconocer que una estrategia defensiva utilizada por los acusados consiste en demostrar que la víctima, por ejemplo, mostraba una conducta promiscua o llevaba una vida íntima muy activa, incluso con el propio imputado. ¿Puede esto considerarse un fundamento para concluir que las relaciones fueron consensuadas? Consideramos que esta premisa es frágil; sin embargo, enfatizamos que es una táctica común para desacreditar a la víctima. En este contexto, se ha adoptado la regla 70.d de las Reglas de Prueba de la Corte Penal Internacional, que señalan que no se pude deducir sin caer en una falsedad o falacia la credibilidad de la agredida o de un testigo sustentándose en el tipo de comportamiento íntimo anterior o posterior.[13]

El consentimiento

[13] Vigésimo séptimo considerando

La jurisprudencia nacional ha anidado en su seno algunas reglas probatorias de la Corte Penal Internacional y que señalan no se podrá deducir que la víctima ha consentido considerando a la ligera la palabra o conducta de la agraviada cuando contra ella o del contexto hay intimidación que no permite que el consentimiento sea voluntario, o cuando la persona sea incapaz, por ejemplo, que tenga alteraciones mentales, o del mutismo o falta de defensa de la víctima.

Es importante que las inferencias se realicen en función de premisas consistentes, de tal forma que se puede llegar a una conclusión correcta, y no subjetiva o irracional.

7. La prueba en los delitos sexuales

7.1. La prueba médico forense

Es una evidencia sumamente relevante en el marco de las agresiones sexuales. La eficacia esta condicionada por la manera como se utilice tanto en la investigación como en el juicio, como el demostrar que fue la primera vez que la víctima tuvo contacto sexual, particularmente en situaciones donde el acusado niega haber tenido relaciones carnales. También es útil para evidenciar defensa de la agraviada cuando se ha aplicado violencia física y la existencia de lesiones cerca de la zona genital. En otras situaciones esta prueba es irrelevante si hay amenazas o si la penetración vaginal no fue total, o si el ultraje se limitó a prácticas penetración bucal, y en consecuencia no es razonable aceptar, recepcionar y evaluar esta pericia inconducente. Los Jueces Supremos señalan que debe ser el testimonio de la víctima la que la que permitirá emplear esta evidencia de corroboración sino no tiene sentido practicarla mecánicamente. De esta forma es necesario que esta evidencia forense sea puesta en su lugar y que ni siempre es obligatoria su práctica ante una simple mención del delito.[14]

a) Pertinencia y derecho a la intimidad de la víctima

En el Acuerdo Plenario se analiza si es relevante de pertinencia, la averiguación de la vida privada de la agraviada, y que al decir de los Jueces

[14] Trigésimo segundo considerando

Supremos es inconstitucional si esa injerencia es irrazonable, no necesaria y desproporcionada. Se hacen mención a un caso en que se investiga de manera genérica la conducta íntima o social de la agredidas, ya sea antes o después de la afectación sexual que es objeto de indagación o juzgamiento.

b) Justificación para la indagación en la vida íntima de la víctima

Como norma general está prohibida indagar sobre la vida sexual de la agraviada para justificar la agresión sexual salvo que se identifique un nexo lógico con la tesis de la defensa y que solo se daría en el supuesto que esté dirigida a probar que el agresor es otro sujeto y que cuando se trate de acreditar contactos sexuales antes o después del hecho, con la agraviada es para demostrar que hubo aceptación voluntaria del acto.[15] La primera regla puede ser aceptado a partir de qué el autor niegue contacto íntimo y que señale que es otra persona la que ha sido el posible autor del agresor tiene desde nuestro punto de vista algo de sentido, más el otro criterio de relaciones pasadas y futuras para acreditar consentimiento, en el fondo es decir que como ella consiente cualquier acto sexual realizado ha sido involuntario por lo que nuestra opinión que esta regla es impertinente.

Frente a este conflicto de derechos los Jueces Supremos señalan que para resolver, se deberá superar el test de proporcionalidad, que justifique la idoneidad de la evidencia sobre la sexual de la agraviada víctima al hecho que debe ser demostrado en prevalencia de la garantia de defensa que tiene el acusado, lo que nos parece razonable, pues si no hay, de ninguna manera se debe indagar.

La conclusión de este razonamiento de los Jueces es que se evite cuestionamientos impertinentes de moral de la agraviada pues sino se estaría ante la posibilidad de darle legitimidad a sesgos, prejuicios, orientados con los que se rechazan los cargos imputados fundándose en la conducta sexual lo que es inadmisible. La idea es que se debe ser muy prudentes en aceptación de medios probatorios conectados a la conducta íntima de la víctima o rechazarlos por irrelevantes si es que hay evidencia de discriminación.

[15] Trigésimo quinto considerando

c) Declaración de la víctima en juicio

El magistrado encargado por excepción y puede ordenar que la agraviada sea examinada en juicio si es que en la declaración previa **a)** no se ha respetado la formalidad que permitan garantizar su derecho al debido proceso **b)** la manifestación es parcial o es defectuosa **c)** la agraviada lo solicite o cuando hay un cambio de versión por medio de un documento **d)** si la declaración del acusado o testigos obligan a examinar a la agraviada para que allegue información diferente o respecto de obscuridades o ambigüedades de su versión tenga que esclarecer **e)** no se debe permitir que haya contacto en audiencia entre la agredida y el acusado, salvo que con razón justificada, el juez autorice la intervención.

Como antecedente, se presenta la ejecutoria suprema R.N° 2543-2009, que establece una serie de directrices para la protección del menor en casos de abuso sexual, resumidas de la siguiente manera: a) La diligencia debe ser confidencial b) Se requiere la permisión y presencia de los padres, o al menos de uno de ellos c) Preparar al menor para su testimonio d) Impedir cualquier contacto directo con el acusado e) Se debe usar un lenguaje claro y accesible de las partes, para que el especialista formule las preguntas al menor f) Las preguntas serán supervisadas por los jueces antes de ser comunicadas al especialista, quien se encontrará con el menor en una sala adecuadamente acondicionada g) El tribunal evaluará la idoneidad del especialista y considerará las recomendaciones que este proponga para salvaguardar al menor. h) No se ejercerá una presión excesiva para la reconstrucción del recuerdo del agraviado. i) La diligencia será filmada, y el experto recomendará la duración máxima. Como apreciamos estos criterios constituyen una contribución significativa para estos procedimientos relacionados con delitos de tal gravedad.

Sin embargo, en la línea de evitar la revictimización se utiliza ahora procedimientos como la cámara Gesell para extraer información de la víctima evitando afectarla más.

8. Apreciación de la evidencia personal en audiencia de apelación. Casación Nº 636-2014 de Arequipa.

El objeto de pronunciamiento de la Corte Suprema a fin de desarrollar doctrina fue si es posible considerar a la regla de inmediación, alguna excepción en instancia de apelación y si puede modificarse, supervisarse y controlarse el resultado de la apreciación de la evidencia en atención a la inmediación y que es el aspecto problemático por dilucidar. Aquí con esta regla en la medida que está consagrada en el CPP se basa en la visión tradicional psicologista de la prueba en la que se considera que la inmediación es una herramienta que garantiza que el juez tenga información fiable, lo que es falso, pero asi está concebido el derecho probatorio.

La Corte Suprema hace referencia a cómo opera la inmediación señalando que la valoración se hace de la evidencia actuada en el juicio de impugnación, y, además se examina documentos, las pericias, las evidencias preconstituida y anticipada. La documental debe ser oralizada para plasmar la inmediación, y si lo es por su autor, mejor. La pericial es oralizada por los peritos como testigos técnicos. La preconstituida y la anticipada se practica antes del juicio oral, por lo que tiene sentido que se pueda valorar en audiencia de apelación. El problema es la prueba personal, pues hay prohibición expresa de darle un sentido distinto al que le dio el juez de primera instancia y esto que está normado en realidad se cimenta en la inmediación pues se considera que esta es una garantía que los jueces que han estado presente en la recepción de información son los únicos capaces de valorar la prueba, lo que es epistémicamente injustificable. Asi se ha construido el sistema probatorio, pero a la inmediación más que una suerte de varita mágica que ilumina al juez puede ser tomado como un medio para hacer viable la contradicción de tal forma que el juez pueda recepcionar toda la información posible, los argumentos contrarios para poder adoptar una decisión bien informada.

Legalmente el resultado de la apreciación de la prueba personal puede ser la sala de apelaciones siempre que se haya actuado prueba en dicha instancia que incida en la declaración testimonial. La Corte Suprema ensaya una postura excepcional, pues si bien no se puede valorar prueba personal, y darle valor distinto al realizado en primera instancia, que es lo taxativo, pero que, si en la valoración se ha colisionado con las reglas del correcto entendimiento y pensamiento, la consecuencia es que, si es posible dar otro sentido probatorio a la prueba personal y que esto se plasme asi en la sentencia de vista, sin llegar a declarar solo la

nulidad. Lo paradójico de esta postura excepcional, es que es más racional que la prohibición de valoración diferente.

9. La Casación Nº 854-2015 de Ica que fija criterios para la admisión en apelación de testimonio dado en primera instancia

Como sabemos, la regla de valoración según el CPP del 2004 es que el tribunal de alzada no puede darle valor distinto a la ya realizada en primera instancia salvo que otra prueba personal actuada en segunda sustente el cambio de valoración. El fundamento de esto es que la prueba personal como el testimonio ha sido actuada bajo la regla de inmediación, cuyo sentido original no compartimos, por lo que una instancia superior no puede darle un valor si la inmediación no ha sucedido. Esto tiene que ver con un principio de seguridad jurídica. El legislador ha fijado esos límites en el recurso de apelación.

Sin embargo, puede darse casos que el testigo de una información en un sentido y en la valoración de primera instancia contra las reglas de la lógica ha ido en contra de ese sentido, de allí que frente a estos casos hace bien la Corte Suprema de posibilitar que se actué la testimonial en segunda instancia fijando criterios para solucionar el problema de un grave defecto en la recepción o valoración de la declaración personal en el juzgamiento o que los datos brindados por el declarante incidan en modificar la decisión del magistrado. Si se dan estas afectaciones al debido proceso, es posible hacer que ingrese al juicio de apelación esos datos probatorios sin poner en cuestión la norma que prohibe darle una valoración diferente a la dada por el A Quo[16].

El artículo 425 numeral 2 cuando se refiere a el cambio de valoración con otra prueba actuada en segunda instancia, de una simple lectura parece decir que se trata de prueba **distinta**. La Corte Suprema le da una interpretación extensiva y en las reglas vinculantes tienen que ver con el mismo testigo cuya declaración se recibió en primera instancia.

Las reglas tienen estos supuestos:

[16] Considerando décimo quinto

Defecto grave en el ejercicio de la declaración testimonial. Como podemos observar, este es el escenario de recepción de la evidencia personal, que ha sido practicada de manera accidentada, con presencia de preguntas sugestivas, prohibidas, ilegales, lo que imposibilita su valoración.

Defecto grave en la valoración. En el entendido que el juicio probatorio debe respetar las leyes lógicas, las leyes naturales y máximas empíricas, el defecto grave es la violación de estas, expresadas en un examen incongruente, o déficit en la argumentación.

Que la información del testigo puede variar la decisión del juzgador. En este caso tenemos que el testimonio debe tener información que vaya directamente al objeto de prueba central del proceso, la imputación, o en la tesis de defensa del sentenciado, de tal forma que merezca la atención a efectos de admitir su actuación en segunda instancia.

Estimamos que esta regla de excepción optimiza el derecho de defensa de quien se ve afectado por errores gravísimos en la actuación, valoración y en la relevancia de información que da el testigo. Nos parece correcta la postura de la Corte Suprema de dar una salida en esta situación como señalamos, de excepción.

10. Examen de la evidencia en apelación según la Casación Nº 96-2014 de Tacna.

Los criterios para el juicio probatorio del CPP (Art. 393.2) establecen que para la apreciación de las evidencias el magistrado las revisará de forma individual y posteriormente en conexión con las demás. La valoración probatoria respetará las pautas de la sana crítica. La Corte Suprema hace precisiones señalando en el quinto considerando que el juicio valorativo no queda sujeta a íntima creencia del magistrado, quien debe examinar tomando el contexto, las singularidades del caso concreto, y una evaluación que debe justificar.

La íntima convicción es un sistema de valoración que es inaceptable en el modelo procesal peruano ya que se sustenta más en criterios subjetivos que objetivos.

En el considerando sexto, se emplea los criterios que provienen de la psicología del testimonio (Nieva, 2010) como coherencia de los relatos, contexto, las confirmaciones adyacentes y la presencia de pormenores oportunistas (pp. 223-228) que deja de lado las emociones del testigo que muchas veces se anotaban en las actas, si lloraba o no, o se enfurecía, o si se entristecía, y en base a estos datos se apreciaba la prueba personal. La Corte Suprema dice que lo que se debe evaluar si la narración es congruente, si ha sido persistente en la sindicación a alguien, el contexto del relato, las corroboraciones a este relato.

Entre otras reglas que fija la Corte Suprema, ratificando su postura de excepción, y apoyándose en la doctrina señala que cuando hay un notorio o clarísimo yerro en la el juicio valorativo de la testimonial, como sostener una afirmación del testigo cuando este no ha dicho nada sobre el tema y verificado en las actas de juicio, se puede variar el sentido primigenio, haciendo la corrección respectiva.

LA PSICOLOGIA DEL TESTIMONIO

1. Aspectos conceptuales

La necesidad de poder determinar que el testimonio brindado por cualquier persona dentro del proceso sea veraz o no, implica emplear una metodología que permita que se arribe a esa finalidad. La psicología del testimonio pretende dar respuesta racional a esta.

Esta disciplina (Nieva, 2010) examina la veracidad de las manifestaciones, intentando desentrañar falsedades e identificando los diversos motivos que estimulen o empujen a que un testigo de declaraciones falsas. (p. 214) La credibilidad o veracidad de lo que dice una persona dentro de un proceso es importante máxime si el fin epistémico del proceso es allegar a la verdad.

Mazzoni (2019) afirma que esta teoría investiga los problemas asociados con la precisión de la identificación por parte de un testigo, empleando una metodología rigurosa que se distancia de consideraciones ingenuas fundamentadas en el sentido común o en prácticas habituales, alcanzando conclusiones relativamente

claras sobre los mecanismos y variables que influyen en el testimonio. (p.18) En la misma linea que Nieva, aquí Mazzoni alude a los problemas de la exactitud, que es un equivalente a veracidad de lo informado por el testigo.

La perspectiva conductista basada en gestos, o expresiones corporales no tienen la solidez científica para poder concluir si el testimonio es veraz o no de allí que se sostenga (Mora, 2020) que es preciso proscribir la anquilosada perspectiva conductista según la cual el comportamiento externo de un sujeto puede arrojar datos sobre la veracidad o falsedad de lo que dice, cuando se trata de aspectos sobre los cuales no se debiera reparar, siendo relevante la credibilidad del testimonio y no del testigo (p.109) Esta perspectiva muchas veces ha sido asumida por los tribunales en la idea de la inmediación o cercanía con la prueba porque consideran como elementos para determinar la veracidad los gestos, expresiones de un declarante, lo que nos lleva a una apreciación de la prueba subjetiva o irracional. Es más, en la virtualidad post pandemia se ha podido oír voces que dicen que no pueden apreciar los gestos del testigo lo que no les permite concluir en que la versión dada se condice con la realidad.

Para determinar (Nieva, 2010) la credibilidad de una persona es necesario saber con precisión qué hechos afectaron a una persona cuando percibió la información que declara, qué situaciones impactan a el testigo cuando está brindando su testimonio, cómo influyen en él y cómo descifrar sus dichos. (p. 220) La credibilidad no viene solo de las condiciones personales del testigo sino del contexto en el que estuvo presente cuando se dio el suceso o hecho que se pretende reconstruir para el proceso.

Ahora, hay que tener claro también que un testigo puede narrar y acompañar al mismo expresiones gestuales, desde la exageración, hasta indicadores de timidez cuando brinda una versión. En la práctica judicial alguna vez hemos podido observar a la defensa pedir que se consigne en acta que al ser preguntado el testigo por una situación traumática este se rio como si esto fuera una manifestación de poca seriedad del testigo lo que generaba dudas de la veracidad de su narración. Es decir que las premisas para inferir la falsedad o veracidad son las expresiones gestuales lo que no tienen una base científica o racional. Nieva (2010) afirma que puede suceder que el testigo ha tenido problemas para acordarse de lo que observó, y esto le obligará a realizar un esfuerzo para recuperar la información y

hará su mirada se desvíe, cambie su faz, vacile pues no existen aparatos para detectar falsedades y que los sujetos sobreestiman su habilidad para detectar si alguien no dice la verdad, y que esto afecta a los operadores judiciales. (p. 221) Es más grave que estas formas de apreciar la prueba sean normales para los jueces, de allí que el abandono de esta forma de valorar la prueba es una tarea importante.

Producido el hecho criminal aparece la necesidad de probar los elementos típicos y determinar quien o quienes son los autores. En el caso de un homicidio será importante encontrar al presunto culpable. Mazzoni (2019) recomienda que es necesario haberlo visto, guardar de él un recuerdo relativamente claro, saber proporcionar una descripción, y saber decidir quién es la persona que se ha visto entre dos o más individuos que se parecen en muchos rasgos. (p. 48) Esto sería lo ideal, pero tendríamos que estar con una persona sin problemas en su sensibilidad observacional, que tenga la memoria para guardar un recuerdo bastante exacto, que sepa expresarse y poder diferenciar cuando se le presenta una rueda de reconocimiento para identificar al autor del delito. Esto puede resultar lo óptimo, pero en la realidad no vamos necesariamente a encontrar el testigo perfecto.

Respecto a las expresiones corporales, gestos, manifestación de confianza o de duda son criterios que se usan para valorar testimonios en la vida cotidiana. Para Contreras (2015) la relación entre confianza y exactitud se manifiesta cuando cada vez que se observa a otra persona relatar hechos hay una tendencia a determinar la veracidad por medio de la solvencia que exhibe al contar la historia y hay una inclinación a considerar que el relato es verdadero. Se parte de la premisa que cuando un testigo exhibe confianza la información que brinda es veraz. (p. 189) Un testigo que tiene un buen uso de la retórica como arte de la persuasión y presente con soltura y firmeza un relato, es probable que se crea desde estas expresiones que la narración es fidedigna. Esto es definitivamente insuficiente, pues sino estaríamos dando crédito a los oradores que pueden ser un símil de encantadores de serpiente.

Los estudios (Contreras, 2015) concluyen que la vinculación entre confianza y precisión es mínima o nula, entonces la exhibición de solvencia no permite inferir que lo declarado es preciso por lo que comparando testimonio de testigos confiables y otros vacilantes o dubitativos podemos concluir que los testimonio

serán veraces o falsos no por esas actitudes sino por la justificación epistémica de cada relato. (p. 189) El antídoto para corregir esta apreciación errónea es que la información brindada por el testigo debe ser debidamente confirmada con otros elementos de juicio, pasando por eso de la valoración del testigo a la apreciación de su testimonio. Este es un giro radical en el juicio valorativos de las declaraciones testimoniales.

Según Nieva (2010) y en consonancia con Manzanero, la psicología del testimonio experimentó un avance cualitativo al trasladar el enfoque de la credibilidad del testigo a la credibilidad del testimonio. Esto implica que se ha reducido la relevancia de los aspectos conductuales del declarante, los cuales, curiosamente, continúan siendo priorizados por los jueces y, en efecto, por cualquier observador. (p. 220) bajo la regla de inmediación. Apreciar que método emplean los jueces al valorar el testimonio, pone la frontera entre lo vetusto, y lo moderno. Para develar falsedades de una declaración la única forma (Nieva, 2010) es examinar el relato objetivamente, y analizar las características o expresiones gestuales del testigo. (p. 222) El análisis será apreciando si es que la declaración tiene justificación epistémica.

Con las reglas de la psicología del testimonio Nieva (2010) dice que no se logrará expulsar la falsedad en los juicios, pero será factible demostrar que una persona ha dicho falsedades, no basándose en la confianza que inspire al tribunal, sino en fundamentos que el legislador siempre ha pretendido al remitir a las normas de la «sana» crítica, evitando que los tribunales se amparen en su «inmediación» para ocultar las razones que justifican su valoración de una declaración. (p. 220) Por esta razón consideramos que estamos frente a un cambio de la postura subjetivista y racional de los jueces a uno que realmente se enraíza en la sana crítica.

2. Áreas de aplicación

La disciplina representa la aplicación de la investigación psicológica (Mazzoni, 2019) al ámbito del testimonio y examina:

- Los procesos perceptivos, atencionales y de memoria implicados en la simbolización de un suceso emocionalmente revelador.

- La mentira dolosa: las habilidades del individuo que miente y la detección de la falsedad.

- Los procesos de adopción de decisiones vinculados con el examen de la credibilidad de un testimonio y la responsabilidad del autor

- El impacto de los interrogatorios en la memoria y en el testimonio

- La sugestionabilidad y otras características personales y su influencia en la memoria y en el testimonio

- La evaluación de la certeza de la declaración

- Las cuestiones relacionadas con la evaluación de la capacidad declarar y la credibilidad de los testimonios. (p. 18)

Como podemos apreciar son un conjunto de aspectos que deben ser analizados por la disciplina por lo que es ineludible también desde lo pragmático, evaluar su aplicación en el juicio, de tal manera que permita coadyuvar en el objetivo básico que es determinar o no la veracidad de la información que brinda el testigo.

Es la aspiración de cualquiera (Nieva, 2010) determinar si la persona que nos conversa o nos escribe es sincera y así ha sido históricamente, debilitando esa sensación de confianza en toda clase de vinculaciones entre las personas. (p. 213) Ese deseo llevado al proceso penal, es que los jueces logren persuadirse o convencerse que lo que dice un testigo o la víctima es acorde con la realidad de allí que (Nieva, 2010) se destaque tres aspectos esta psicología en particular, y que son de especial relevancia para el proceso son: a) la técnica de extracción de testimonios, que proporciona una experiencia valiosa basada en resultados verificados, ya sea en estudios de campo o en la actividad judicial; b) esta disciplina facilita la detección de la falsedad mediante elementos objetivos; y c) ofrece un conjunto significativo de datos para realizar adecuadamente los reconocimientos de personas en fotografías o en ruedas de reconocimiento. (p. 215) Y todo esto tiene que ver en principio con la memoria y también con la percepción. Adoptar

estas reglas para valorar el testimonio va pues a contrario de concepciones conductistas, de la inmediación, que tiene una base irracional.

3. La memoria

Es un tema relevante, en la medida que el testigo es un receptor de información a través de sus sentidos, cuan confiable o veraz es lo que receptó y lo que emitirá en el proceso. Qué distorsiones pueden afectar la información, esos ruidos como se señala en la teoria de las comunicaciones. En principio esa información es almacenada en la memoria. Aquí cabe preguntarse si esa información es veraz, o la recepción ya tuvo algún problema de ruido, por problemas del receptor como, por ejemplo, una limitación visual de un testigo miope que estuvo presente en un robo durante la noche. Otra es la memoria misma, si es que tenemos la capacidad de almacenar fidedignamente esa información y por último la recuperación de esa información, es decir la emisión de este ante los fiscales o jueces.

Manzanero (2010) afirma que la memoria no registra, sino que interpreta y rehace la realidad, y que la restauración de los recuerdos sobre un lugar, una acción, un rostro o puede ocasionar errores de omisión que ocurren cuando los testimonios carecen de detalles relevantes, ya sea por olvido u ocultación, mientras que los errores de comisión se presentan aportan información falsa de manera dolosa. (p.23) Estos errores pueden ser cometidos intencionalmente o inconscientemente, por lo que no necesariamente debe asumirse cuando es intencional como error sino como un falso “error”.

Referirse a la memoria es hablar del pasado como sostiene Contreras (2015) y también es la alusión a un proceso intelectual por el que se trasfieren al presente datos del pasado que han llegado a nuestro saber por una percepción, directa o a por medio de otro sujeto. (p.152) Y esto tiene una conexión con el proceso pues lo que se hace en él es reconstruir los hechos del pasado, si es que estos sucedieron o no, y los medios para traerlos al presente son con las pruebas siendo el testimonio una de ellas de inestimable valor. La historia misma del hombre estuvo representada en un momento por la memoria oral, y luego con la invención de la escritura se obtuvo una herramienta poderosa para preservar el pasado.

Imaginemos la filosofía de Sócrates recogida por sus discípulos como Platón y Jenofonte porque el nunca escribió nada. Cuan fidedigno es lo que se narra y que ha llegado a nuestros tiempos, o el Comentario sobre la guerra de las Galias realizado por el emperador Julio César o la Biblia, si no es por testimonios.

4. Clasificación de la memoria

La característica de la memoria va a determinar también la clase de información que es posible recuperar.

Contreras (2015) clasifica por la información que está en la memoria y que puede ser memoria episódica, semántica y procedimental (p. 158) Qué clase de información producen estas memorias, pues al punto de ser una tautología tenemos las características de aquella. Manzanero (2010) respecto de la Informacion *episódica* es la que reúne las evocaciones, y el sujeto tiene conciencia de dónde y cuándo sucedieron y de haberlas vivenciado. La Información *semántica* es el conjunto de los saberes personales, que se tienen, pero no se puede precisar cuándo ni cómo se han obtenido y la información *procedimental* está compuesta por las destrezas que la persona ha obtenido por medio de experiencia. (p. 30) La fuente de la memoria inmediata es la realidad, pues de allí se extrae la información que tiene los caracteres que hemos mencionado.

Otra clasificación de la memoria es aquella que no almacena información veraz del entorno, y que Manzanero (2010) llama falsa memoria de acuerdo con la definición que hacen los autores Davies y Loftus citados y que son las siguientes:

a) Fallos dirigidos en la recuperación
b) Recuerdos falsos sobre sucesos no vividos en la realidad
c) Distorsiones de los recuerdos

Las fuentes generadoras de estos fallos son procedimientos inferenciales simplistas y fuentes de datos distorsionados (p. 69-70) Muchas de estas se manejan de forma inconsciente.

Nieva (2010) por otro lado dice que en el espacio de la memoria a largo plazo se observan la memoria episódica, relacionada a las evocaciones de la persona y la semántica, que contiene un saber que permiten interpretar lo que se visualiza y hacer un juicio de valor sobre los datos provenientes de la memoria episódica. (p.

216) Nieva ha ido más allá de los clásicos criterios de examen de la evidencia personal, apoyado en la ciencia y en tópicos como la memoria, la percepción, las estrategias de recuperación.

5. Problemas de la memoria

Una dificultad que enfrentan las personas es recordar la fecha de realizacion de un hecho. Manzanero (2010) pregunta ¿Cuándo ocurrió un suceso? y sostiene que es difícil fechar los acontecimientos y por esa razón se suele realizar por aproximación y tomando como referencia hitos temporales, como la fecha de un cumpleaños. (p. 31) Este es un aspecto que a veces se toma como un síntoma de un problema de la memoria. El testigo no recuerda la fecha del suceso por lo que se utilizan puntos de referencia para poder inferir o precisar la fecha en la que sucedió. Preguntar a una persona que hizo el 2 de diciembre del año 2023, y preguntar que realizó el 24 de diciembre de ese mismo año le dan en esta última los soportes para recordar mejor, como serían las fiestas navideñas.

Las emociones también tienen incidencia en la memoria y acudiendo a estudios de campo, Manzanero (2010) dice que en un estudio de personas de 20 a 94 años en general se recordaba mejor los sucesos positivos que los negativos. (p. 35) Lo que nos permite llegar a una conclusión no categórica que las personas tienden a olvidar sucesos negativos, y mantener los aspectos positivos. La depresión como trastorno mental que afecta los estados de ánimo de las personas sumiéndolos en tristeza, y que (Manzanero, 2010) también presentan limitaciones cognitivas que afectan su capacidad de procesamiento. (p. 36) pueden incidir en la percepción de información.

Se identifica (Contreras, 2015) factores de codificación que inciden en el almacenamiento de información y son la cantidad de tiempo que tuvo el testigo con el suceso, la frecuencia o repetición, la familiaridad o conocimiento previo vinculado al suceso, condiciones de iluminación, condiciones sonoras (p. 162) La codificación la entendemos como un proceso por el cual la información sensorial es trasformada en un formato que puede ser almacenada en el cerebro. Esta codificación puede

ser visual, acústica semántica, táctil y olfativa. Desde la biología es un proceso complejo que implica cambios a nivel celular y molecular en las neuronas. La información se transforma en señales eléctricas y químicas que viajan por las neuronas y pasan de memoria a corto plazo y se trasfiere a la memoria de largo plazo. Es en este proceso de recepción de información para posteriormente se recuperada donde aparecen los factores que denomino de consolidación o de dispersión.

Para Manzanero (2010) los hechos recientes se recuerdan mejor que los más remotos, cuando más pasa el tiempo de un suceso más fácil es olvidarlo. (p.45) Aquí advertimos un factor que incide en la recuperación de información, mientras más fresco sea el recuerdo, hay una mayor probabilidad que el resultado de la recuperación sea más veraz.

El testimonio o la narración de un órgano de prueba debe ser confirmado o corroborado con otros elementos de juicio porque nos permite verificar fuentes no veraces como (Manzanero, 2010) las falsas memorias o recuerdos erróneos producto del olvido y la distorsión de la memoria (p. 66) siempre entendiendo que por lo menos este fenómeno no es deliberado a diferencia de una conducta intencional que se expresará en la mentira con omisión o distorsión de los hechos.

Las memorias autobiográficas (Manzanero, 2010) también llamadas vívidas son recuerdos de situaciones muy chocantes por la consecuencia personal o colectiva que implican y que se evocan como si acabaran de suceder dando la impresión de estar protegidos del detrimento por el trascurso del tiempo. (p. 39) Debe ser un suceso que quede grabado fuertemente en la memoria de las personas, por ejemplo, las circunstancias del fallecimiento de un amigo muy apreciado.

En un trabajo empírico (Manzanero, 2010) de recuerdos de hechos traumáticos en base a 120 experiencias en cotejo con los eventos felices, estos se caracterizaban por poseer menos datos sensoriales, ser más complicados, más difíciles de datar y tener emociones asociadas más vivas. (p. 38) Es decir que los recuerdos de hechos impactantes, dolorosos, empiezan a perder detalles mientras que los felices pueden ser de más fácil recordación. En el proceso penal tenemos que, siendo infracciones que lesionan bienes jurídicos, de hecho, muchos de estos

llevan consigo un carácter traumático. Pensemos por ejemplo en un delito de ultraje sexual, o uno de secuestro extorsivo, o el testigo que ve que asesinan delante suyo a un familiar.

En esta línea Contreras (2015) sostiene que la violencia puede incidir en que el testigo por el estrés no recuerde nada (p.164) y que además una información posterior al suceso puede tener como efecto (Contreras, 2015) que el sujeto representará una versión diferente de los hechos, que acopie elementos tanto de la huella primigenia y de esta forma se guardará un solo recuerdo modificado de los hechos, por lo que es improbable diferenciar si un aspecto se origina de una u otra fuente, pues se habrá producido una confusión entre ellas. (p. 170) Si ya la información en la memoria del testigo puede venir alterada por varios factores, físicos, psicológicos, patológicos la misma puede ser más modificada todavía cuando la persona recibe información posterior que se va mezclando con los recuerdos creándose una tercera versión del suceso por lo que la veracidad de esta se pone en cuestión.

Un testigo que ha consumido alcohol o drogas tiene sus sentidos alterados, y si es uno habitual, ya estamos ante un deterioro permanente de su capacidad para percibir la realidad. Se ha demostrado que el alcohol en cantidad enorme daña la memoria (Manzanero, 2010) hasta el punto que los adictos a esa bebida tienen déficit de memoria en niveles severos y llegar a tener una amnesia conocida como síndrome de Korsakoff por lo que las que lo tienen problemas para aprender nueva información. (p. 43) Este trastorno neurológico se asocia a la deficiencia de la vitamina B1 o tiamina justamente por la ingesta excesiva de alcohol y según estudios en áreas relacionadas a la memoria, ahora valgan verdades es poco usual que se encuentre un testigo de un suceso que tenga esta enfermedad, pero lo que sí se puede encontrar son testigos que ocasionalmente han ingerido licor o drogas y se han visto involucrados en un suceso delictivo, sea como autor, víctima o testigo. La información que puedan brindar estará afectada por las consecuencias provenientes de la toma de drogas o alcohol. Esto nos hace recordar la comedia The Hangover, (¿Qué pasó ayer?) dirigida por Todd Phillips, y estrenada el 2009, en la que unos amigos realizan una despedida de soltero en Las Vegas y en la azotea del Hotel Cesar ’s Palace toman unos tragos. A la mañana siguiente los amigos despiertan en su suite, aturdidos, sin recordar lo que pasó la noche anterior,

y descubren que el novio ha desaparecido, a otro le falta un diente, la suite esta casi destruida, hay un tigre en el baño, y encuentran un bebé en un armario. En clave de humor esta película grafica el impacto del alcohol en la memoria de quien lo ha consumido en exceso.

Se han formulado diversas teorías para explicar el deterioro de la memoria, desde causas biológicas, psicológicas, emocionales. Los factores son múltiples. Una de ellas es la teoría del decaimiento (Manzanero, 2010) por la que la memoria se deteriora por el paso del tiempo y esto tiene un componente biológico. La otra es la tesis de la interferencia por la que las evocaciones se superponen unas a otras, y se mezclan generando una versión que se aleja de lo real, y la teoria de la fragmentación por la que se van perdiendo componentes del recuerdo más que un deterioro global. (p. 66) Esto último son olvidos o desaparición de la memoria de trozos de recuerdos, detalles y que cuando se hace la recuperación de la información esta aparece incompleta.

6. La percepción

La función primordial de la percepción (Mazzoni, 2019) radica en procesar la información que reciben nuestros sentidos y asignarle un significado, tanto en contextos simples, como la percepción de un único objeto, o en situaciones más complicadas, como las relacionadas con el testimonio. (p. 48) La percepción es la recepción de la información del mundo, y le da un significado, pero si pasa esto por los sentidos es posible que los datos recibidos e interpretados no representen necesariamente la realidad.

No hay que confundir (Manzanero, 2010) la impresión que se origina de nuestros órganos sensoriales que la percepción, que es la interpretación de las impresiones y por tanto son siembre subjetivas. (p. 23) La sensación siempre es anterior a la percepción que sígnica representación.

Nieva (2010) sostiene que sin sensación no hay percepción, ya que para percibir algo, nuestros sentidos deben tener la oportunidad de acceder a ello, salvo que sea una alucinación. Además, se puede afirmar que sin percepción no hay evocación, aunque esto es menos certero, debido a la existencia de los

denominados "falsos recuerdos". (p. 216) y que en realidad serían hechos falsos pero el sujeto cree que han existido.

Siendo la sensación información captada por los sentidos cuando hay problemas de la fuente o del lugar donde se capta puede alterar la sensación y en consecuencia la percepción. Manzanero (2010) señala que en los quebrantamientos de la ley realizados en lugares poco iluminadas la capacidad de percibir visualmente disminuye y lo que debilita la capacidad para describir un suceso y reconocer a una persona, (p. 25) Sensaciones que no representan la realidad por factores que modifican los datos, son percibidos ya alterados por lo que la interpretación provendrá de una información errónea.

Las ilusiones de percepción pueden darse si es que los sentidos no captan la información veraz. Manzanero (2010) afirma que en la oscuridad puede haber errores al determinar la apariencia de los objetos por lo que un papel en la mano puede confundirse con una navaja entonces los espejismos perceptivos son componentes del sistema visual humano y generan la percepción de objetos inexistentes. (p. 26) En el ejemplo la confirmación debe darse con la aparición de la evidencia que ha ocasionado la ilusión perceptiva.

El tiempo que tiene una persona para almacenar la información tiene un efecto sobre la calidad de esta pues no es lo mismo cuando un testigo ve un robo produciéndose en ese instante y tiene segundos para captar el suceso, diferente a que este haya contemplado a un sospechoso acercarse sigilosamente a la víctima teniendo un poco más de tiempo para poder almacenar en su memoria el hecho. Por esta razón Manzanero (2010) dice cuanto menor sea el tiempo disponible para percibir y asimilar datos, menor será la capacidad de los testigos para describir el hecho de manera completa y precisa. (p. 31) Lo que no deja de tener sentido pues si el lapso es menor la recepción sensorial no podrá recoger los detalles del suceso.

Hay factores patológicos como la prosopagnosia (Mazzoni, 2019) por la que las personas son capaces de describir un objeto, pero no consiguen reconocerlo (p. 48) Es un trastorno neurológico que dificulta el reconocimiento de rostros por lo que necesitan otros datos para hacerlo como la voz, formas de caminar como una suerte de anclas para recuperar información.

7. Testimonio de menores

Esta es una parte problemática en los procesos judiciales porque son por naturaleza considerados de alta vulnerabilidad por lo que el enfoque debe atender esta situación, y además porque también como en los adultos pueden existir factores que pueden modificar sus declaraciones alejándolas de la realidad, y que responden justamente a su minoría de edad. Tenemos las amnesias infantiles (Manzanero, 2010) que se debe a la carencia due recuerdos de la infancia en los primeros años de existencia y se explica porque el sistema neurológico no está desarrollado completamente amen que carecen de lenguaje y del conocimiento para una adecuada interpretación y codificación de la información. (p. 201) Las dificultades para obtener testimonios en los casos de ultrajes sexuales son patentes, porque también la percepción o su significado puede tener una significación diferente a la realidad. Manzanero (2010) dice que una agresión sexual puede haber sido considerada como un comportamiento de higiene, mientras que un adulto puede reinterpretar dicho comportamiento como un ultraje sexual. (p. 202) El suceso siempre parte de un menor de edad, que puede interpretar un acto de tocamiento lascivo como una manifestación de cariño, y que cuando tienen conciencia de este es donde pueden considerar que es algo que les agravia. Otro fenómeno observable en los menores es el de la sugestibilidad (Manzanero, 2010) ya que los menores son frágiles a las insinuaciones de información falsa, debido a la inclinación de adecuarse a los aspiraciones de las personas adultas. (p. 203) La sugestión es un arma de los agresores de niños, como el de darles una golosina para atraerlos, de allí el enorme impacto las campañas de prevención que se institucionalizan en el sistema educativo desde los peldaños iniciales.

8. El estereotipo

Es un tipo de juicio (Mazzoni, 2019) sobre un conjunto de individuos que suprime las diferencias entre ellos y enfatiza los elementos comunes, sugiriendo que todos los miembros poseen las mismas características, como afirmar que los escoceses son avaros. Estos juicios pueden ser positivos, negativos o neutros, y su aplicabilidad a un individuo específico es siempre relativamente limitada. (p. 55) Este estereotipo puede ser aplicable a las comunidades de inmigrantes en nuestro

país a partir de actos delictivos que tienen un impacto en el imaginario ciudadano nacional. Es una generalización falsa sobre el grupo a partir del comportamiento de algunos de sus componentes.

Para Manzanero (2010) los clichés son consecuencia de una magnificación de algún rasgo que presenta un grupo humano y que si un testigo no puede identificar un dato específicos a veces acude a los estereotipos. (p.35) Como decir que un miembro de la comunidad afroperuano es un delincuente, o que un ciudadano de la los andes es ingenuo, no por algo se tiene la frase “no me hagas cholito”. Es atribuirle una característica exagerada a un grupo humano, y parte de nuestros prejuicios, de allí que Mazzoni (2019) afirme que no existe necesariamente malicia y mala fe en aquellos que, en situaciones de la vida real, identifican al extracomunitario como el ladrón o el agresor y lo que hacen es informar de lo que su percepción y memoria sugieren, y basándose en sus esquemas de conocimiento. (p. 56) Es decir la información previa que se maneja respecto de los grupos sociales. Estos pueden llevar a la discriminación a partir de considerarse unos superiores a otros, afectando la dignidad, y que, llevados a los estrados judiciales, se puede construir información no objetiva no veraz sino en los prejuicios o estereotipos, lo que es sumamente peligroso.

9. Los sesgos

El sesgo de confirmación es un factor que tienen incidencia en la veracidad de la información brindada por un testigo, que Zuckerman (2020) define como la tendencia de buscar, interpretar, favorecer y recordar información de un modo que confirma nuestras creencias o hipótesis preexistentes y que es un tipo de sesgo cognitivo y de un error sistemático al razonar inductivamente (p.88) Si son creencias previas, estas pondrán si impronta en la recepción y percepción de los datos del exterior, de allí que como advertencia Mazzoni (2019) afirma que en el testimonio es ineludible tener presente que lo que uno ha observado es dependiente no solo de los hallazgos en el lugar, sino de los saberes y convicciones anteriores. (p. 54) Las personas son receptoras de conocimiento desde que nacen, por lo que este fenómeno que involucra creencias previas puede tener impacto en las valoraciones sobre hechos.

No es intencional el sesgo de confirmación (Zuckerman, 2020) y tiene lugar a nivel inconsciente, es una estrategia viciada sin que se esté al tanto de ello, pero afecta a los investigadores y a los decisores que honesta y conscientemente buscan alcanzar la conclusión correcta empleando el método más fiable y apropiado a su disposición, empero sin que importen las buenas intenciones, este sesgo tiende a infiltrase y a infectar el proceso investigativo de diversas maneras (p. 88) Esta característica del sesgo es que está en el subconsciente por lo que aun cuando racionalmente el decisor emplea las reglas necesarias para que su pronunciamiento sea objetivo, puede dejarse llevar por el sesgo.

El sesgo de grupo para Mazzoni (2019) puede representarse cuando un testigo está convencido de que los ladrones en Italia pertenecen a una determinada etnia por lo que «verá» con mayor probabilidad en la persona que comete un delito los rasgos de la persona de esa etnia y estos serán los rasgos que después recordará. (p. 54) En el caso nacional si vemos unas personas con rasgos raciales caribeños lo primero que se le vendrá a la mente, por la inmigración, que se le describa como perteneciente a grupos extranjeros. Es común haber escuchado que las personas que pertenecen al grupo afroperuano puede ser un delincuente lo que lo asocia a una creencia previa sin base empírica lo que más bien emparenta con los estereotipos.

El sesgo de grupo para Zuckerman (2020) es producto del bagaje social del individuo por el que la gente tiende a tratar con mayor familiaridad a personas que pertenecen a su mismo grupo social, y tiene menor conocimiento y comprensión de miembros de otros grupos sociales lo que conduce a preferencias y simpatías inconscientes hacia miembros del mismo grupo y existen experimentos se ha identificado un patrón consistente en favorecer a miembros del propio grupo por encima de quienes no lo son (p. 88) Por eso en los EE.UU en la selección de jurados las partes buscan elegir personas que sean del mismo grupo al que pertenece el acusado de tal forma que puedan generar una actitud de simpatía de tal forma que puedan decidir a su favor. Por ejemplo, si el acusado es de una minoría racial, seleccionar jurados de ese mismo grupo étnico.

10. Estrategias para superar los sesgos

Si el sesgo es subconsciente como se puede superar eso si es que el sujeto decisor no está al tanto de lo que está en la profundidad de su subjetividad. Zuckerman (2020) dice que son dos las estrategias usadas para superar los efectos distorsionantes de los sesgos y de la subjetividad y son la validación y el debate. Respecto de la validación es el método común empleado en la ciencia y para ser validado, un experimento que brinda soporte a una teoría debe ser capaz de replicarse de forma independiente y de conducir a los mismos resultados y debe mostrarse que no existe ninguna otra explicación plausible para los resultados obtenidos, más que la teoría de que se trate. (p. 90) La validación es la repetición del suceso para determinar que el resultado será siempre es el mismo, pero como el mismo autor citado sostiene la metodología de validación por replicación no está disponible para el caso de la investigación de eventos únicos del pasado, pues estos no podrían repetirse, como un homicidio. Lo más cercano es una reconstrucción del suceso, pero es una simulación y no es la repetición del mismo suceso o experimento. Esta estrategia no funcionaría en el ámbito judicial.

Entonces el otro método es el del debate que si es propio del proceso judicial y con mayor amplitud en el juicio oral y es lo que denominamos el contradictorio en el que los jueces por inmediación deben oír todos los argumentos sobre lo que es objeto de controversia lo que puede ser un antídoto para evitar el sesgo. No es un método suficiente, pero al menos puede permitir que el decisor evalúe cada visión de las partes en torno a la controversia sobre la cual debe adoptar una decisión.

11. Razones para recordar un suceso

Las personas tienen algunas formas o elementos que les permite recordar los hechos con mayor exactitud. Una de ellas es la familiaridad. Para Manzanero (2010) la práctica o el nivel de conocimiento en un asunto especifico puede facilitar también la evocación de un hecho y el reconocimiento de un determinado detalle. (p. 32) Por ejemplo alguien que sea uno conocedor de armas de fuego puede identificar las características de una pistola o de un revolver que ha sido empleado en un homicidio.

También hay otras situaciones que van en contra de los procesos cognitivos y afectan la recuperación de información. Según Manzanero (2010) citando estudios de Clifford y Scott (1978) El testigo experimenta un mayor estrés en función de la violencia involucrada en el hecho, y este estrés impacta negativamente sobre los procesos de cognición, tales como la atención, la percepción y la memoria. (p. 33) Sin duda cualquier hecho traumático va a tener un efecto en los procesos intelectivos del testigo.

El conocimiento previo, experiencias en la vida también influencia en la información que recoge los sentidos. Las personas tienen experiencias diferentes y esto va a impactar en la percepción y recuperación de información. Manzanero (2010) señala que cada individuo codifica e interpreta la información conforme a las vivencias previas y variables personales de tal forma que dos personas pueden dar descripciones diferentes de un mismo hecho, siendo estas variables el sexo, edad, estereotipos, ansiedad y drogas. (p. 33) Sobre la primera variable sin embargo el mismo autor (Manzanero, 2010) dice que no está comprobado que el sexo sea un factor que afecte memoria de testigos, mientras que la edad sí en los extremos de menores y ancianos. (p. 33) Un niño de seis años tendrá su propia forma de percibir y almacenar información, a diferencia de un adulto quien tiene mayores recursos para poder hacerlo.

Con relación a las personas de la tercera edad (Manzanero, 2010) estas tendrán más problemas para evocar pormenores del hecho y serán más cautelosos para tomar decisiones y expresar confianza pues en la ancianidad la recordación de detalles baja significativamente y también la idoneidad para reconocer individuos. (p. 34) Dependerá esto también en que no todos tienen la misma involución cuanto se ingresa a una avanzada edad, pus puede ser que unos tengan la lucidez que les permite recordar sucesos y otros que, por factores biológicos, enfermedades pueden verse afectados en la memoria, como la recuperación de información.

12. Estrategias de recuperación de información

Manzanero (2010) hace una distinción de la forma de recuperación de información y señala que hay una automática que se da cuando los recuerdos nos asaltan haciéndose conscientes sin que sepamos que los ha desencadenado y la

indirecta, mediante procesos conscientes y controlados similares a los implicados en las tareas de resolución de problemas. (p.46-47) Estos serían propios del proceso judicial en la que se busca obtener información de los testigos mediante técnicas adecuadas. La extracción de información de un testigo es crucial para el proceso, ya (Nieva, 2010) que una interpelación mal realizada puede dificultar el examen de la credibilidad de los sujetos. (p. 231) De allí que hay que fijar pautas claras para lograr dentro de la probabilidad una información que nos acerque a la verdad.

La adquisición de información veraz requiere la evaluación de la credibilidad del testigo, que es la valoración subjetiva (Manzanero, 2010) de la precisión estimada de las declaraciones de un sujeto y este examen se fundamenta en inferencias que consideran diversos aspectos, tales como las situaciones y rasgos del testigo y del delito, nuestros conocimientos y creencias, así como la congruencia estimada entre las declaraciones y otros elementos probatorios. (p. 83) Hay que dejar claro que la credibilidad en la psicología del testimonio no parte de las expresiones corporales o gestos del declarante sino del soporte epistémico de la información que brinda.

La declaración de cualquier individuo en un proceso judicial se basa en la premisa de que posee información relevante sobre los hechos que han dado lugar a la controversia (Contreras, 2015). Además, la parte que utiliza la declaración de un testigo está convencida de que este retiene datos en su memoria que, al ser presentados ante el juez, contribuirán a fortalecer su pretensión y, en última instancia, facilitarán una sentencia favorable a sus intereses. (p.152) Esto tiene que ver con el deber de las partes de probar sus afirmaciones y para eso recurrirán a las diversas evidencias de prueba que habilita la ley.

Es necesario considerar en la recuperación de información los contextos que son escenarios que permiten o coadyuvan en la recuperación de hechos por los testigos, son el ambiental, emocional y cognitivo. El contexto ambiental según Contreras (2015) está formado por lo que está alrededor al suceso y que se reserva en el depósito de la memoria y tiene como fin ubicarlo espacial y temporalmente, o también de hechos que solo ocurren al mismo tiempo con el suceso principal pero

que no tienen conexión con sus características sustanciales. (p. 179) Para Nieva (2010) el contexto del relato es importante porque permite ofrecer pormenores de un escenario en el que se habrían realizados los hechos de la narración. (p. 225) Esto es una suerte de ancla para poder recordar el suceso que se requiere traer al presente.

El contexto emocional tiene que ver con la situación anímica (Contreras (2015) que fija cómo los individuos interpretan, seleccionan sus datos relevantes y escogen al personaje que más los retrata, eligiendo al que vivencia un estado emotivo análogo a aquel en que se encuentran al momento de dar el relato. (p. 185) Aunque en la digresión que hace Contreras no hay claridad respecto a en que incide concretamente, si al olvido o la recuperación, por lo que no hay base empírica para determinar el impacto del contexto emocional.

Steven Smith (Contreras, 2015) afirma que es factible discutir un contexto mental que abarque no solo los estados emocionales y ambientales, sino también el estado psicológico del individuo, sus características fisiológicas, recuerdos activos y otros factores secundarios, de modo que el contexto mental de un evento podría incluir toda esta información y, en teoría, ser evocado a través de cualquiera de los elementos. (p.186) En este aspecto también Contreras no es enfático respecto a la utilidad del contexto cognitivo.

La metodología convencional para obtener información de un testigo se presenta en dos formas: el de recuperación narrativa y el de recuperación interrogativa. En el narrativo (Manzanero, 2010) únicamente solicita al testigo que relate lo ocurrido,. que realice una tarea de recuerdo libre, sin limitación sin interrupciones cuente todo lo que recuerde y en el interrogativo se realiza preguntas a los testigos que previamente han sido elaboradas formando el guión del interrogatorio que puede ser implícito o explícito (p.47) Estas modalidades tienen sus ventajas y limitaciones. En el caso narrativo, se observa como ventaja que las declaraciones recopiladas presentan menos distorsiones; no obstante, pueden carecer de riqueza en detalles. por lo que se puede incurrir en errores de omisión mientras que en el (Manzanero, 2010) interrogativo tiene como ventaja proporcionar más información, pero con más distorsiones, es decir provocar errores de comisión. (p.48) Esto también es advertido por Contreras (2015) pues da origen a testimonios poco precisos, por la importante cantidad de errores de comisión pues

a veces las preguntas colocan datos que el testigo no conoce o que contradice su evocación de los hechos. (p.193) La pregunta sugestiva es aquella en la que se introduce respuesta no está permitido en el caso peruano en el que no podrán formularse preguntas asi al imputado ni al testigo. Salvo a este último en el contrainterrogatorio. Que formato escoger entonces es un problema porque lo que cuenta es obtener información fidedigna. De allí que se proponga la denominada entrevista cognitiva que consiste en crear un ambiente propicio que comprende personalizar la entrevista y transferir el control al testigo para que cuente el suceso con sus propias palabras. Esto sería lo ideal, pero optar por el formato de recuperación narrativa sería poco práctico en el proceso penal. Una de las opciones es que en la toma de declaración del testigo se use las preguntas abiertas de tal forma que se le otorgue libertad para que de sus respuestas. En esta línea Manzanero (2010) dice que se debe aplicar técnicas específicas de recuperación de memoria como la reinstauración del contexto pidiendo al testigo que imagine de nuevo el suceso, la focalización del recuerdo con la realizacion de preguntas abiertas y si hay problemas coadyuvar con la técnica de recuperación extensiva con la alteración de la perspectiva o rememoración de los acontecimientos desde diversas posiciones iniciales. (p. 54) esto implicaría que el interrogador se convierta al mismo tiempo en psicólogo, aunque la aplicación bajo otros fundamentos lo tenemos en la cámara Gesell o el proyecto Berna House de inspiración nórdica que es una suerte de Gesell mejorada, pero con la idea de aplicar estas técnicas a agraviadas por violencia sexual, principalmente adolescentes con el fin de evitar la aflicción al traer recuerdos de sucesos traumáticos.

La narración libre (Contreras, 2015) consiste en acceder que el testigo presente con sus propias palabras, todo lo que evoca de los acontecimientos. El interrogador no debe hacer sugerencias o restringir, interrumpir o perturbar al sujeto durante su declaración, ya sea para refutar o expresar conformidad, tanto verbalmente como mediante gestos o movimientos corporales. (p. 192) Esto desde el proceso que es reglado puede tener sus limitaciones toda vez que se trabajan en función de los plazos. En un escenario procesal no es viable emplear esta técnica y en todo caso lo que puede hacerse es adaptarla a las normas del proceso.

Las limitaciones de este método de narración libre (Contreras, 2015) es que en ella regularmente se manifestaran más omisiones, pues el testigo no informará

todos los pormenores del hecho que ha visto y que se internan en su memoria, porque es incapaz de encontrar las vías de rescate idóneos, y por ende de alcanzar todos los datos guardados. (p. 193) Lo importante es que desde la probabilidad lógica o inductiva sepamos que la información que brindará un testigo no reconstruirá el cien por ciento la realidad, sino aspiramos que sea una aproximación a ella, o a la verdad.

13. La entrevista cognitiva

Es una técnica que implica la restitución cognitiva del marco ambiental y personal (Contreras, 2015) con el fin que la persona pueda reproducir de la manera más completa posible todo el escenario que circuncidaba el suceso por lo que se debe pedir al testigo que imagine otra vez el entorno y se ubique mentalmente en donde se dieron los hechos, atendiendo no solo a lo pasado en lo externo sino también en su fuero interno. (p.195) Los datos que se le puede solicitar puede ser con quien estaba, qué hizo antes de llegar al lugar, durante o posterior a los hechos. Describir la luminosidad, ruidos, olores, intervinientes y también que recuerde como estaba en su fuero interno, que pensamientos aparecieron, que emociones o sentimientos.

14. Informar todo

Con esta técnica (Contreras, 2015) se debe motivar al declarante para que informe de todo lo que rememora del suceso, que brinde datos que solo recuerde en forma parcial o difusa, y los pormenores que le parezcan poco importantes ya que puede contener parte de los datos por esas razones de forma tal que el interrogador podrá tener una mayor información de la memoria del testigo para decidir que porción de ella es relevante para el proceso. (p. 195) Lo que trae esta técnica es que a mayor información que dé el testigo, independientemente de sus valoraciones, permitirá a quien entrevista construir un relato con esos datos. El peligro aquí es que esta reconstrucción al hacerlo un tercero puede impregnar éste también de sus propios sesgos, y en todo caso el hecho que se debe probar y la relevancia de la información son elementos para tomar en cuenta para estimar el testimonio como valioso y útil. La limitación es como adaptar esto al proceso penal que tiene sus propias reglas, que en algunos casos pueden ser contra epistémicas.

15. Recordar los hechos en diferente orden

Mediante esta técnica se (Contreras, 2015) se solicita al testigo que narre los hechos secuencialmente, iniciando desde hitos temporales distintos como : desde el fin hasta el inicio, o desde un punto intermedio en dirección contraria o en dirección delantera con la idea que evoque pormenores que pudieron no haberse tomado en cuenta al realizar el relato conforma a una linea de tiempo normal. (p. 196) En el planteamiento de Contreras no hallamos algún fundamento científico para establecer que esta será una mejor forma de recuperación de información del testigo, y en el caso judicial hay una cronología del suceso delictivo, un antes, durante y después. La organización de los temas a preguntar será del entrevistador, y si esta es una forma de facilitar que se obtenga información de calidad no vemos que sea un escollo para la investigación penal.

16. Cambio de ubicación

Otra fórmula para poder extraer información confiable de acuerdo con Contreras (2015), es pedir al individuo que relate los acontecimientos como si los hubiera presenciado desde la perspectiva y ubicación de otra persona. Este enfoque altera mentalmente el rol del sujeto o su posición física en el lugar de los hechos, lo que transforma el proceso de recuperación y puede facilitar la disponibilidad de nuevos datos al centrar la atención en aspectos del evento que previamente no habían sido considerados. (p.196) En contextos legales esta clase de entrevistas si bien es posible obtener información lo más veraz posible, implicaría tener personas expertas en este tipo modelo y habría más consumo de tiempo, por lo que en la práctica sería inaplicable. Además, siempre existe la probabilidad que se pueda generar falsos recuerdos.

17. La coherencia como criterio de valoración

En la valoración del testimonio puede emplearse el criterio de coherencia en el sentido que (Nieva, 2010) el relato tenga una buena estructuración desde un punto de vista lógico. (p. 223) Esto significa que el relato no tenga contradicciones, y la jurisprudencia española alude a la persistencia en la incriminación o sindicación, pero esto no puede ser necesariamente una garantia de veracidad porque podemos tener a un testigo mentiroso, pero sumamente convincente ya que ha impactado en los jueces. La contrastación siempre es necesaria.

Ahora si se advierte una falta de coherencia Nieva (2010) sugiere que el magistrado debe indicar en qué información se concentra la falta de congruencia y evaluar las posibles conjeturas sobre los orígenes de esa incoherencia. (p. 225) Un relato contradictorio per se es un relato incoherente por lo que corresponde identificarlo y en todo caso si es un error no intencional del declarante, hacer las preguntas necesarias para que pueda aclarar las inconsistencias.

Puede existir una suerte de corroboración interna del mismo relato del testigo a partir de la contrastación con las versiones de otros testigos que hayan dado en el curso del proceso. Nieva (2010) afirma que algunos psicólogos denominan estas confirmaciones «acuerdo inter-sujeto», lo que implica que las diversas declaraciones de varios sujetos sobre un mismo hecho deben coincidir. Además, las confirmaciones no necesariamente provienen de personas, sino que pueden derivar de eventos que ocurrieron simultáneamente con el hecho principal que se está evaluando (p. 227). En el contexto de una agresión sexual, la alusión a un evento súbito que la interrumpió, como el sonido de una puerta, puede ser relevante si posteriormente la persona que abrió dicha puerta aparece y corrobora el hecho en el mismo espacio y tiempo, lo que puede ser un indicio significativo para evaluar la verosimilitud de los testimonios presentados. En el caso de corroboraciones dadas por aspirantes a colaboradores eficaces, y en la medida que son personas que han cometido delitos, y buscan beneficiarse por la información que brindan y por esta razón su testimonio es sospechoso, no basta que una declaración dudosa sea corroborada por otros testimonios sospechosos, sino que deben existir fuente objetiva distinta que confirme la información entregada por el aspirante.

En esta regla de confirmación se sugiere (Nieva, 2010) que el magistrado debe mostrar la presencia del dato confirmativo, y sobre esa base explicar por qué dicho dato ha de ser corroborado y que, si para el juzgador un indicio corrobora la existencia de un evento, tienen que argumentar las razones por las que llega a esa conclusión, para que su raciocinio pueda ser revisado. (p. 228) El juez debe motivar la decisión, explicar con argumentos que el dato ofrecido por el testigo ha sido confirmado por otra prueba de tal forma que pueda concluirse que el hecho existió.

18. Existencia de detalles oportunistas a favor del declarante

Un criterio que debe permitir valorar el testimonio se puede advertir cuando (Nieva, 2010) el testigo haga referencia a informaciones no necesarias que quieran favorecer a una de las partes o al propio testigo y son estimadas oportunistas y pueden ser expresiones sobre el signo o los deseos de una de las partes, o fundamentando de sus propias actuaciones y dicho testigo las expresa, no que su declaración sea creíble, sino de que los hechos se interpreten a favor de quien desea beneficiar. (p. 229) Esta exageración en el testimonio del testigo debe tomarse como un indicador de probable falsedad de la declaración, pero la palabra final haya que darla cuando ese testimonio se ha confirmado con pruebas, pues de pronto una declaración con detalles oportunistas, en realidad de condice con los hechos sucedidos, y volvemos a caer en aspectos subjetivos, que justamente la psicología sobre el testimonio busca evitar.

Respecto de informaciones de coimputados que han intervenido en una acción delictiva y puedan o apoyarse en una coartada, o tratar de que uno pague por los otros, para estimar que la versión del coimputado sea verosímil (Nieva, 2010) es necesario que esté verificada, sea congruente, esté correctamente situada, de forma tal que las narraciones difusas sobre el lugar del suceso que no demuestren la existencia de detalles obvios pueden ser considerados como posiblemente falsos y si el coimputado busca desacreditar al otro reo de manera innecesaria como contar la historia de su vida íntima antes del delito sin interés para el caso concreto, o aspectos de su personalidad impertinentes con los hechos enjuiciados, es probable la narración del coimputado no sea veraz. (p. 246) Igualmente siempre en la idea central que no hay que ir a los gestos, ni a los datos impertinentes para inferir la falsedad del testimonio, no es posible agotar la confirmación en estos, sino en la confirmación probatoria del relato.

19. La identificación de personas o cosas por el testigo

Un de los problemas del reconocimiento de personas o de cosas es la fiabilidad de la identificación y los procedimientos. Hay una clasificación de estas operaciones (Manzanero, 2010), como los procedimientos objetivos que tienen un margen de error mínimos y se realizan por métodos científicos como el análisis del ADN, huellas dactilares, iris o retina, y los procedimientos subjetivos son los que se

basan en las estimaciones que realiza un testigo ocular a partir de su capacidad de percibir (p. 112) El reconocimiento se encuentra en esta última operación que en el proceso judicial y es reconocido como un medio probatorio pero en él también tiene que valorarse la credibilidad de la persona que reconoce, y si es además fiable.

Identificar a una persona como autora de un delito implica que quien reconoce haya tenido la capacidad para retener las características físicas del presunto delincuente, por lo que cualquier factor que altere la memoria o la percepción va a traer como consecuencia el reconocimiento como culpable de alguien que es inocente, y ser la base para un error judicial. La historia de los reconocimientos trae algunos errores como el caso de Ivan Demjanjuk (Manzanero, 2010, 107-109) que fue identificado como Ivan el Terrible, un SS responsable de las cámaras de gas del campo de concentración de Treblinka (Polonia) en 1942 y 2943. Demjanjuk ucraniano de origen y emigrante a los Estados Unidos fue identificado en fotografía en 1977 por supervivientes del campo de concentración por lo que en 1986 fue extraditado a Israel y juzgado en un proceso entre 1987 y 1988. Declaró que estuvo de prisionero en el campo de concentración Chelmo (Polonia) y luego Austria. En abril de 1988 fue condenado a muerte y encarcelado. En 1993 la Corte Suprema de Israel le absolvió por las dudas en la identificación. Demjanjuk no era Ivan el Terrible, pero si miembro de las SS en varios campos de concentración en Polonia y Alemania. Desde 1993 se revocó su ciudadanía estadounidense y fue extraditado a Alemania para ser juzgado por crímenes de guerra. Pudieron por lo menos revertir el error de este miembro del partido Nazi para realmente imputarle los delitos que si realmente había cometido.

El reconocimiento de personas es clave en las investigaciones criminales, y en realidad se trata de algo especifico que tiene que ver con la identificación del presunto autor del delito, y quien reconoce es un testigo, por lo que los criterios de la valoración del testimonio deben aplicarse también a esta diligencia especial.

CAPITULO IX

LA PRUEBA PERICIAL

1. Aspectos conceptuales

La filósofa Susan Haack (2020) relieva la poderosa metáfora de Jeremy Bentham, **"la Injusticia y su criada la Falsedad"**, que nos recuerda que la justicia no solo requiere de leyes justas y de su adecuada aplicación, sino también de la verdad fáctica y la posibilidad de un sistema jurídico justo requiere que haya indicadores objetivos de la verdad, es decir, estándares objetivos sobre cuándo hay mejores pruebas y peores pruebas (p. 136) El objetivo de alcanzar a la verdad es el lei motiv del proceso judicial, de allí que la balanza de la justicia se deba inclinar por aquella. Una sentencia de condena contra un inocente implica una injusticia sustentada en la falsedad como dice Bentham, y a contrario una condena contra un verdadero culpable acerca la justicia a la víctima y también para el sancionado pues la decisión se fundamenta en la verdad. El peritaje como una aprueba especial debe ir en esa dirección.

El perito es el experto (Falcon, 2003) con saberes científicos y técnicos que emite un informe sobre un hecho que debe ser demostrado. El perito también puede ser alguien técnicamente capaz convocado para dictaminar en un proceso acerca de la verificación de eventos que necesita de conocimientos especiales (p. 4). Para Clariá (1996), es el experto en un arte, oficio, ciencia o técnica, *y* adquiere relevancia cuando es designado para que en un caso judicial opine con fines probatorios y que debe ser objetivo aun cuando sea ofrecido, por una parte. (p. 586) Mas tratándose de conocimientos científicos es importante que el perito tiene que presentar un dictamen que se sustente en su especialidad y que está allí para brindar información particular al juez.

La fundación de la policía científica se le imputa a Edgar J. Hoover, quien ocupó el cargo de director del FBI. Esta figura, considerada controvertida, ejercía

influencia sobre los presidentes de Estados Unidos al manejar información confidencial obtenida por medio de la interceptación de sus líneas telefónicas. En el contexto del secuestro del hijo del célebre aviador Lindbergh, ocurrido el 1 de marzo de 1932 en Nueva Jersey, y ante la ineficacia de la policía local para resolver el caso, el FBI intervino. Los secuestradores pidieron un rescate de 50,000 dólares mediante cartas escritas a mano. Aunque se entregó el dinero, el niño fue encontrado muerto en mayo de 1932. Dos años más tarde, un carpintero alemán, Bruno Richard Hauptmann, fue detenido. Las pruebas físicas que lo relacionaron con el crimen incluyeron las notas manuscritas, analizadas por expertos en grafología y confirmadas como de su autoría; el uso de un billete de 10 dólares, que formaba parte del rescate, en una gasolinera; y la coincidencia de la madera de su casa con la de una escalera que se encontró en la residencia de los Lindbergh. En la cinta "Edgar J. Hoover", interpretada por el actor Leonardo DiCaprio y bajo la dirección de Clint Eastwood, se presenta una escena en la que Hoover da la escalerilla a un especialista en madera para su análisis. Este experto determina que la madera proviene de una región de Estados Unidos, lo que desencadena la investigación de las carpinterías que la suministraron. Este especialista se unió al FBI.

En el ámbito de la investigación, las pruebas o características técnicas varían según el delito en cuestión. Por ejemplo, en un caso de homicidio, los peritos llevan a cabo necropsias y análisis biológicos para establecer las causas de la muerte. Los expertos en balística forense examinan las trayectorias de las balas en caso de que la muerte haya sido provocada por un disparo, mientras que otros peritos se enfocan en investigar envenenamientos y los tipos de veneno implicados.

En situaciones de conducción vehicular bajo la influencia del alcohol, se determina el nivel de alcohol en sangre para comprobar si supera el límite legal de 0.5 mg por litro. En delitos económicos, las pruebas periciales son de naturaleza contable y financiera, diseñadas para analizar el flujo de ingresos y bienes, contribuyendo así a esclarecer el caso.

En delitos de agresión sexual, es fundamental verificar si se ha consumado el acto. Las pruebas relacionadas con la integridad sexual son esenciales; aunque

la falta de penetración puede no ser relevante, cualquier lesión externa o cercana a los genitales puede indicar resistencia a la agresión sexual. Para las víctimas sin experiencia sexual previa, el perito examina la posibilidad de lesiones resultantes de una violación, ya sea vaginal o anal, y establece el momento de la ruptura del himen o las lesiones en el orificio posterior.

Adicionalmente, se realizan peritajes psicológicos y de conducta que permiten identificar patrones de comportamiento. A pesar de que algunos críticos cuestionan la validez de la psicología como ciencia, esta disciplina proporciona un enfoque tanto hacia la víctima como hacia el agresor, empleando metodologías para identificar comportamientos. Los resultados pueden revelar conductas disociales, donde el individuo no respeta las normas, lo que no implica necesariamente un menosprecio por las leyes penales, pero sí ofrece un indicador valioso. La evaluación de toda la información debe ser integral, ya que un acto de investigación aislado no es suficiente.

La pericia psiquiátrica es importante para establecer el perfil clínico de esta persona, e identificar a alguna patología que haya influido en el evento y servirá para determinar su inimputabilidad si es que presenta trastornos mentales. Existen grados de estas patologías lo que implica que a futuro se le imponga una medida de seguridad como la internación en un nosocomio especializado (Hospital Larco Herrera) y en otros casos, que, si bien pueden tener patologías leves, estas no las inhabilita para entender que su conducta es ilícita por lo que son declaradas imputables y pueden ser declarados culpables. Esta pericia nos puede dar señales o evidencias de la presencia de enfermedades mentales que determinen la conducta delictiva de una persona.

Las evaluaciones de idoneidad en relación con la tenencia de armas no se limitan a la mera posesión de un arma de fuego. Dado que se trata de un delito de peligro abstracto, es necesario que el arma posea la capacidad de generar un peligro potencial; si el arma no funciona, no se consideraría un peligro. Por ejemplo, si a una persona se le encuentra una granada, pero esta no tiene espoleta ni el fulminante no puede ser condenado porque en puridad lo que estaba portando es un objeto de metal inocuo.

En el ámbito de las lesiones médicas y los riesgos quirúrgicos, es crucial la evaluación por un experto de los protocolos, que son las directrices aplicadas en un tratamiento específico. Por ejemplo, para una cirugía, existen protocolos preoperatorios, intraoperatorios y postoperatorios que fijan los pasos que debe seguir el médico tratante.

Los médicos deben adherirse a estas pautas o normas pues la transgresión de estas directrices podría, en caso de resultar con lesiones o fatalidades, perjudicar al médico que no haya cumplido su deber de cuidado.

Esto implica que un experto debe determinar si el médico ha adherido al protocolo y ser así, la lesión o muerte del paciente ya no sería atribuible al cirujano. Por consiguiente, la supervisión de este protocolo debe ser realizada por un profesional médico, quien determinará si se ha cumplido u observado las normas establecidas en dichos procedimientos.

Asimismo, si el cirujano especialista se ha adherido a las directrices establecidas por la medicina. Si una persona es acusada del delito de lesiones y es un cirujano cardiólogo, el examinador debe sido un médico con conocimientos en cirugía cardiovascular y vasta experiencia.

La peritación (Falcon, 1996) es una actividad realizada por expertos bajo mandato judicial, calificadas, distintas e independientes de las partes y del magistrado del proceso y que por su saber especializado científico o técnico suministra al juez argumentos para fundar su convicción y tomar una decisión (p.4). Esta definición, también abarca a la fiscalía que en el sistema procesal acusatorio tiene a su cargo peritos institucionales.

La prueba pericial es lo que desde el punto de vista epistemológico (Vásquez, 2015) se conoce como testimonio experto y es un acto comunicativo en el que un especialista da cierta información en audiencia para el juez siendo en el fondo una fuente de información por lo que como cualquier evidencia puede presentar problemas de interpretación. (p.47) En la doctrina procesalista se hace la diferencia entre el perito con el testigo experto que alude a un profesional que ha estado presente en el suceso empleando su saber, como por ejemplo un enfermero que ha estado asistiendo al médico que ha sido acusado de negligencia por la muerte de un paciente. Vásquez (2015) critica esta distinción pues se funda en un

objetivismo ingenuo y estima que el testigo y el experto presentan eventos interpretados que deben ser pertinentes para el caso; la distinción radica principalmente en la disposición del individuo que aspira a actuar como perito debido a su conocimiento, a diferencia de quien debe actuar como testigo. (p. 48) Si bien es interesante la reflexión que hace la autora, y puede tener sentido desde que la información del testigo experto y el perito se apoya en su experticia y hay procedimientos establecidos para su participación en el procedimiento legal. Al testigo experto que ha intervenido en el suceso objeto de prueba no se le solicita un dictamen pericial mientras que esto si es una obligación para el perito.

2. Reglas probatorias

Para poder situarnos en el marco legal de práctica de la pericia, tenemos que considerar que la justificación estriba en que los fiscales y los jueces requieren que un experto, les pueda dar luces sobre el hecho que es materia de prueba para poder comprenderlo mejor (Art. 172.1 del CPP). Podemos observar que no solo se trata de conocimientos basados en la ciencia, sino en técnica o en arte. Imaginemos que se requiere una valorización de una obra de arte, o su originalidad, entonces se tendrá que acudir a alguien que sea experto en esa clase de conocimiento que está de pronto alejado de la ciencia.

Es posible realizar, en un caso sobre culturas distintas, una pericia antropológica para identificar pautas culturales que tengan incidencia en la culpabilidad como el verificar el error cometido por una persona que ha actuado bajo una pauta cultura diferente a la del lugar donde ha cometido la infracción (Art, 15 del Código Penal). En el CPP se puede disponer que se realice un examen sobre las normas culturales del imputado (Art. 172.2). El experto será un profesional de antropología y que además este especializado en la cultura que es objeto de estudio. Es diferente un antropólogo experto en cultura de origen africano que otro que es especialista en cultura asiática.

Si una persona que tiene una formación especializada, a través el ejercicio de sus habilidades tiene conocimiento de algo relevante, no es considerada como un perito sino como alguien que podrá intervenir como testigo versado y pasible que a él y a su testimonio se le aplique las reglas procesales del proceso común

(Art. 172.3 del CPP). A esta persona se le denomina testigo experto que brinda información acudiendo a su experticia pero que ha intervenido en el hecho que es objeto de prueba.

La designación de peritos, (Art. 173.1 CPP), será realizada por el juez competente y también durante la investigación, será el fiscal el que lo haga y el magistrado en situaciones de anticipación de prueba cuando haya una urgencia. Se seleccionarán peritos especialistas a los que se encuentren al servicio del Estado, quienes deben contribuir con la justicia penal de forma no onerosa. Esta norma es más inclusiva, ya que, en esencia, cualquier individuo tenga competencia científica y técnica puede actuar como perito. Su capacidad (Yomona, 2010) puede derivar de la experiencia especializada obtenida a través de la práctica laboral o el desempeño de una actividad (p. 294). También pueden ser elegidos los que están en los registros oficiales del Poder Judicial. La cantidad de expertos tiene que ver con la complejidad del hecho a evaluar y que puede dársele también un enfoque interdisciplinario con peritos de otras especialidades. Las partes tienen el derecho de presentar propuestas o recomendaciones.

Generalmente cuando hay un hecho delictuoso como un homicidio que requiere expertos intervienen peritos sin necesidad de designación y que estos profesionales pueden ser de los laboratorios de la policía, el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Publico, Contraloría, y otras instituciones que realicen actividad científica o técnica. La fuente de expertos pueden ser universidades e institutos de investigación y en realidad cualquier ente que tenga los conocimientos para intervenir como especialista.

El experto que es designado debe cumplir el encargo, con la excepción que tenga alguna causa para no intervenir. Se mantiene el ritual de juramento o promesa de honor como requisito para desempeñar el cargo y deben ser advertidos que si van contra la verdad pueden cometer delito (Art. 174.1 CPP). Aunque para efectos epistemológicos el juramento no tiene ningún sentido y es la reminiscencia de que en la antigüedad se creía que este ritual garantizaba la verdad de la información por el temor del testigo de ir al infierno si mentía.

El propósito del peritaje es concentrarse en los hechos controvertidos que deben ser evaluados y para esto se tiene que fijar con precisión sobre que se deben

pronunciar los peritos de tal forma que el experto sepa centrar sus habilidades en lo que se le ha solicitado con claridad. La fiscalía o los jueces son los que debe dar el mandato y en el que debe estar claramente delineado todos los puntos sobre los cuales deben informar los peritos y como el proceso tiene sus plazos, se debe fijar el tiempo para la emisión de las conclusiones periciales.

El perito no podrá ser nombrado si es que tienen algún impedimento como de ser esposo o esposa del investigado, pariente por consaguinidad (4to grado) o afinidad (2do grado) o familiar por adopción, o convivencia de tal forma que esto debe ser controlado, y que es una garantia para las partes que el experto sea imparcial (Art. 165 CPP)

En la idea de resguardad la objetividad e imparcialidad del perito, no es posible nombrar a quien ha sido perito de parte en el mismo caso o en otro que tenga una conexión con el primero. Tampoco se puede designar a un perito que esta inhabilitado para ejercer la especialidad o quien ha participado como testigo del suceso criminal. Las partes si logran acreditar algún impedimento pueden solicitar su apartamiento mediante la tacha y si es aceptada el perito debe ser reemplazado por otro experto. Como la tacha podría ser usada de manera maliciosa o dilatoria, su interposición no impide la emisión de la pericia. Otra regla es que si el perito realiza el procedimiento de forma negligente debe ser cambiado.

Para realizar debidamente su tarea pericial el experto debe tener acceso a la información pertinente, que puede provenir de la carpeta o del expediente judicial y todos los datos que puedan servir como insumo para el análisis de las demás evidencias necesarias que sean manejadas por la autoridad jurisdiccional o por el fiscal.

3. El saber especializado de parte

Las partes pueden también nombrar peritos (art. 177.1 del CPP). El perito de parte posee la autoridad para asistir a las actividades del perito oficial, formular observaciones y registrar constancias de acuerdo con su experiencia. Las operaciones periciales deberán aguardar la designación del perito de parte, a menos que sean de extrema urgencia.

El CPP establece la obligatoriedad de un perito de contradicción, sin otorgarle la facultad de realizar el peritaje que estime pertinente desde su perspectiva. Esta constituye una restricción para las partes que podría vulnerar el derecho de defensa y también tienen un contenido anti epistémico. En la práctica judicial si los peritos de parte tienen la posibilidad de acceder a las fuentes de información del objeto de estudio como en peritajes financieros o contables pueden hacer un informe independientemente de los peritos oficiales. En otras hay limitaciones como por ejemplo delitos de violación sexual en los que la inmediatez es importante a efectos de evitar que se desaparezca la evidencia, y también por la defensa de la dignidad de la víctima.

4. El Informe Pericial

Esta instrumental documental según el CPP engloba los procedimientos que ha hecho el perito y las conclusiones a las que ha llegado, y formalmente debe tener (Art. 178 del CPP) la identificación del experto, el hecho que ha sido examinado conforme a sus conocimientos, la exposición pormenorizada de lo que se ha confirmado en conexión con lo mandado, los fundamentos de la evaluación, y del por qué la necesidad de utilizar saberes especiales, el método empleado y las conclusiones.

El informe pericial debe ser lo más objetivo y que sea el resultado de una actuación imparcial del experto por lo que de ese informe no es admisible que contenga contener juicios de valor sobre la culpabilidad del investigado. Hacer eso sería contrario a los deberes funcionales que tiene el perito. Puede describir en sus apreciaciones causas del hecho delictuoso pero el juicio de valor solo es exclusivo del juez.

En la línea del derecho a la defensa del imputado, tenemos que si ha designado su perito, este puede refutar las conclusiones del experto oficial y puede presentar una pericia, pero esta debe respetar las reglas de su elaboración tal como las fija el CPP (Art. 178) y además que puede hacer un análisis científico y crítico de la metodología, el análisis y las conclusiones de la pericia de cargo.

La regla es que el informe pericial de cargo es único y que si hay varios peritos oficiales y discrepan pueden elaborar y presentar un informe distinto. Como la pericia es solo un acto de indagación más, se tiene que fijar el plazo para que el

informe sea presentado, y este plazo es dispuesto por el fiscal o el juez siempre con la idea de no dilatar el proceso. Luego de que el perito de cargo entrega su informe, se debe poner en conocimiento de las partes para que puedan hacer las objeciones o críticas siempre dentro de los plazos procesales (Art. 180.1. CPP). Es normal que se presente un informe de parte con conclusiones contrapuestas a las de la pericia de cargo, se le traslada el dictamen de parte para que emita una opinión sobre la discrepancia (Art. 180.2 CPP). Estos serán los pasos previos antes de un futuro debate entre peritos para esclarecer respecto de las contradicciones. Pueda darse el caso que el informe pericial de cargo es deficiente o poco claro, por lo que quien dispuso la actuación de dicha prueba, juez o fiscal manden que se amplíe el informe y que puede ser el perito inicial o también es legal que se designe a otro perito para que emita una pericia.

La ley N° 30364 establece que ante la falta de peritos los certificados médicos e informes que se expidan en los procesos por violencia familiar tienen mérito probatorio y deben ser tratados como pericias institucionales (Art. 26). En el Acuerdo Plenario N° 05-2016, fundamento noveno se considera que certificados de salud física y mental, expedidos por médicos del estado pueden ser valorados y también que tienen su origen en las parroquias y centros privados autorizados por el Ministerio de Salud, respetando los protocolos oficiales. A esto se suman los informes psicológicos de los centros del Ministerio de la Mujer y cualquier certificado que provenga de otros servicios estatales de salud mental. Todas estas tienen el carácter de pericia institucional y que pueden ser sustentadas y defendidas por cualquier experto de la institución

Lo que busca el Acuerdo Plenario N° 05-2016 es que ante las limitaciones del Ministerio Público para realizar estas pericias y existiendo en el Estado otras instituciones especializadas que las realizan, les da un valor de pericia institucional de tal forma que puedan ser empleados en escenario tan sensible como la violencia contra parientes.

5. El examen pericial

El CPP establece, como norma general, la evaluación del perito; no obstante, es importante considerar que en la práctica judicial, a menudo hay escasez de peritos oficiales realizando numerosas pericias, eso cual dificulta su comparecencia

en juicio para ser examinados. Esto provocó que los procesos fueran considerados nulos si se identificaban como omisiones; no obstante, se debía considerar que esta nulidad impactaba con un extenso y costoso proceso judicial en el que ninguna de las partes ni el Juez había impugnado el informe pericial. Ante este problema concreto, el Acuerdo Plenario N° 2-2007, en su considerando octavo, examinó el testimonio como norma general en el juicio oral y que deben cumplirse con las reglas de inmediación y publicidad; pero es factible establecer una excepción cuando no se requieren verificaciones de fiabilidad adicionales o cuando su contenido presenta aportes técnicos consolidados.

El Acuerdo Plenario N° 2-2007, establece que el examen pericial, al igual que cualquier prueba con un componente documental significativo, no es un requisito indispensable para la pericia; es decir, su ausencia no impide que sea considerada como evidencia en el juzgamiento. En conclusión, establece la norma jurídica vinculante cuya inobservancia no constituye una causa para que se declara nula la sentencia.

La falta de examen pericial no anula la pericia ni constituye causa de nulidad; no obstante, para asegurar el principio del contradictorio, los Jueces Supremos establecieron la regla que, si las partes no solicitan la realización del examen pericial o no impugnan el dictamen pericial, de manera expresa o tácita, es evidente que su omisión no perjudica el debido proceso.

La decisión emitida por la Corte Suprema no infringe el principio del contradictorio, dado que se basa sobre la suposición razonable de que no se impugna el informe pericial, constituyendo así una especie de convención probatoria tácita. En el CPP, esta regla podría ser excepcionada mediante la inclusión del informe pericial como prueba documental, a menos que alguna de las partes lo considere insuficiente y requiera el examen del perito. Únicamente la realidad establecerá la necesidad del examen.

No obstante, lo expuesto anteriormente, el propósito del examen del perito is obtener una elucidación sobre la verificación que haya realizado respecto al objeto de prueba. Si el perito es de una institución especializada, el examen se llevará a cabo con el perito designado (Art. 181.1 CPP)

En caso de existir informes periciales contradictorios, se fomentará, ya sea a solicitud de parte o de oficio, un debate en el juicio. Si el perito de parte disiente del informe del perito de cargo, la norma (181.3 CPP) exige la realizacion de un debate. Las normas del examen deben adherirse a ciertas directrices (Art. 378.1 CPP) y el examen de los peritos inicia la lectura resumida y conclusiones arribadas del informe pericial. La lectura puede ser total o parcial. Al concluir la lectura, se interrogará al perito sobre la pertinencia del dictamen, si ha sido modificado y si la firma es suya. Se solicitará que exponga el procedimiento utilizado para llevar a cabo el peritaje. Las partes serán interrogadas en el orden establecido por el magistrado, comenzando por quien presentó la prueba, y luego los demás sujetos procesales (Art. 378.5 CPP). Si durante la audiencia de juicio el perito manifiesta no recordar, se le leerá la sección pertinente del interrogatorio previo, así como cualquier contradicción (Art. 378.6 del CPP). Durante el examen, los peritos pueden revisar documentos, notas escritas y publicaciones. En caso de desacuerdos entre peritos, se llevará a cabo una discusión entre ellos.

La parte que realiza el contra examen puede refutar al experto con sus propias manifestaciones y otras versiones de los sucesos recibidos en las audiencias de juzgamiento. El perito debe justificar la razón de sus informes y el origen de su conocimiento, con el objetivo de obtener su reconocimiento como experto.

A petición de cualquiera de las partes, el juez podrá permitir un nuevo interrogatorio de los peritos que ya hayan declarado en la audiencia; sin embargo, el juez debe contar con justificaciones para ordenar un nuevo examen, de modo que el contradictorio sea esclarecedor para el órgano decisor.

6. Aspectos epistemológicos de la prueba pericial

De acuerdo con el modelo de valoración racional, es imperativo demostrar ante el Juez la competencia del perito, eso que proporcionará un primer indicio sobre el resultado del dictamen pericial; esto implica la presentación de información pertinente a su formación académica y experiencia profesional. La evaluación debe tener en cuenta el informe y lo que se presente durante el juicio.

En el contexto de una pericia científica, (Taruffo, 2008) uno de los desafíos es identificar qué tipo de ciencia debe ser considerada y empleada en los procedimientos. (p. 97) Otro aspecto es determinar los criterios que debe seguir el magistrado no especializado para seleccionar la pericia que sustentará su sentencia. El juez es un neófito, careciendo de la formación necesaria para equipararse a un experto científico; por lo tanto, al evaluar una prueba confiable, debe fundamentarse en la credibilidad de la ciencia empleada y la validación de los conocimientos especializados del perito, de modo que se establezca, como aproximación, una premisa de autoridad del experto para realizar un juicio evaluativo adecuado de la evidencia.

La jurisprudencia estadounidense (Taruffo, 2008) en el caso Daubert de 2003 llevó a cabo un notable ejercicio intelectual para establecer directrices que los jueces deben aplicar como filtros en la fase de admisión de evidencia científica, lo cual es esencial para la adecuada selección de los elementos de juicio antes del examen final de la prueba. Las normas estipulan que la teoría o técnica que respalde la pericia debe ser verificable o falsable. Es necesario establecer o cuantificar el margen de error. La publicación en revistas especializadas of investigaciones que sustentan la teoría, así como la aprobación general por parte de la comunidad experta, y no de un grupo aislado. (page 99) El magistrado Blackmun fue el autor de estos criterios para el juicio probatorio, y según el profesor italiano Taruffo (2008), la sentencia es un compendio del trabajo de la disciplina del conocimiento. (p. 283) La sentencia tuvo una fuerte influencia en los cambios de la Regla de Evidencia Nº 702, y si bien no se unió expresamente los criterios del caso Daubert (Taruffo, 2008), se adecuó a esas inferencias, indicando que la declaración del experto debe ser aceptada con la condición desde el conocimiento especial, aporte o aclare respecto de los sucesos de forma convincente y que de allí se obtenga una metodología aplicable a los hechos puntuales. (p. 284). El impacto de la sentencia Daubert ha sido significativo, ya que ha influido en la evolución de la doctrina de los jueces supremos.

Respecto de la verificación de la teoria científica que sustenta la prueba, como advierte Vásquez (2015) la Corte Suprema de EE. UU, tomó como referentes a Carl August Hempel y Karl Popper (p. 105), del primero la verificación de la ciencia y del segundo su concepción falsacionista o de refutación. Además de Popper

(Vásquez, 2015), que planteaba el problema de demarcación entre las ciencias empíricas y las disciplinas metafísicas o pseudo ciencias, y que el criterio a utilizar era el de la testabilidad o refutabilidad, y que el saber científico tiene capacidad para aceptar la corroboración, lo que no sucede con las pseudo ciencias. (p. 106) Son desde nuestro punto de vista dos formas de enfocar la fortaleza de la teoría científica, desde Hempel la demostración o verificación y desde Popper la refutación.

Para Susan Haack (2020) si el término «científico» se usa honoríficamente, estamos frente a una tautología cuando se dice que las pruebas científicas son fiables, aunque esta tautología no resulta de ayuda a los jueces en su tarea de valorar las pruebas científicas. (p. 190) La ciencia lleva per se la fiabilidad toda vez que ha sido sometida a confirmación o refutación, de allí que si hay una base sólida este carácter irradia a las pruebas, sin embargo (Haack, 2020) afirma que *no todos y no solo* los científicos son investigadores fiables; y *no todas y no solo* las pruebas científicas son fiables" (p. 190) Esta idea siempre está en la base de la ciencia, y tienen que ver por ejemplo con los cambios de paradigmas, desde la concepción terraplanista de Aristóteles o la geocéntrica de Claudio Ptolomeo expresada en el *Almagesto* e influenciado por el astrónomo Hiparco, hasta la visión heliocéntrica de Kepler, Copérnico y de Galileo Galilei. La teoria científica como paradigma puede ser susceptible de cambios de acuerdo con los avances con nuevas investigaciones.

Examinando los planteamientos de Haack, Tuzet (2020) dice que la filósofa vislumbra una tensión entre el argumento jurídico con el que el caso es resuelto y el argumento epistemológico con el que debe ser tratado y que desde lo epistemológico un grupo de pruebas puede ofrecer una conclusión a un nivel más alto y que en base al argumento jurídico fijado para Daubert el valor de los elementos de prueba debe ser establecido uno por uno con la consecuencia de que las conclusiones a las que llevaría el argumento epistemológico no pueden ser extraídas si alguno de los elementos individualmente considerados no es admisible. (p. 240-241) Lo que nos señala Tuzet es que hay un conflicto permanente entre las reglas jurídicas y la epistemología, y que esta última en el proceso judicial está condicionado a las evidencias que se han aceptado, y en base a estos se puede inferencialmente arribar a una conclusión. La preocupación es que si quien no

admite adecuadamente las pruebas cuyo resultado constituirán los elementos de juicio en que se funde una decisión. Para ser más claro, la epistemología juridica está condicionada por las reglas probatorias.

Tuzet (2020) en su análisis del caso Daubert precisa que la discusión es sobre la atendibilidad de las metodologías, no de los resultados, cuya atendibilidad es una consecuencia de la atendibilidad de los métodos con los que son obtenidos y que el caso Joiner la Corte Suprema dijo que las metodologías y las conclusiones no se pueden distinguir por completo. (p. 242) Lo que nos queda claro que la metodología empleada por el perito será determinante para que se emitan conclusiones. No es posible aislar una de las otras.

En la doctrina procesal en un esfuerzo por salir en estricto de las reglas probatorias se recomienda (Falcón, 2003) evaluar a través de estas otras normas que tienen contenido epistémico a) por la representatividad y concordancia que se relaciona con el interés del juicio y la exhaustividad del dictamen, b) si existen múltiples peritos, por la concordancia o discrepancia de sus opiniones. c) por los principios de la ciencia que los sustentan, evaluando si estos son determinantes y aceptados sin controversia, como las leyes de la física, o variables, como las psicológicas. d) por un examen crítico y lógico de los fundamentos que respaldan dichos principios e) por la adecuada exposición de los antecedentes, fundamentos y conclusiones. f) los antecedentes y prestigio del perito g) por su coherencia con el resto del material probatorio y h) mediante la comparación con la contraprueba presentada por los críticos en relación con los consultores técnicos o los abogados. (p. 82-83) Como podemos observar Falcón hace referencia al uso de las leyes de la ciencia, del análisis de las inferencias realizadas por los expertos, la acreditación del perito y también la refutación que hacen las partes a las conclusiones de las pericias, es decir el contradictorio.

7. La Fiabilidad

Un criterio de valoración es la fiabilidad legal o probatoria de las evidencias científicas que para Haack (2020) está relacionada con la validez de la ciencia y que para apreciar si las evidencias ofrecidas son jurídicamente aceptables los jueces no deberían centrarse en las conclusiones del experto sino en el método usado y que el fin es determinar si las pruebas se conforman de saber y en

consecuencia son confiables. (p. 184) Esto guarda conexión con las reglas del caso Daubert en los Estados Unidos, en el sentido que haya una teoria científica y verificable detrás de cualquier peritaje.

Una manera de evaluar la fiabilidad de los peritajes es emplear (Haack, 2020) el falsacionismo que implica saber si las evidencias ofertadas han sido contrapuestas, también el margen error conocido, el examen por expertos y la publicación en revistas especializadas; y la aceptación de la comunidad experta. (p. 184) Estos son los criterios que nacieron del caso Frye, Joiner y luego Kumho, que con Daubert delinearon los criterios de valoración que han irradiado en otros sistemas como el nuestro. En la falsabilidad está presente la propuesta teórica de Karl Popper, que busca con la refutación probar la fortaleza de la teoría científica y el verificacionismo de Hempel.

8. Publicación de la investigación y la revisión por pares

La publicación de las investigaciones que sustentan las pericias es un criterio de fiabilidad de estas. Depende también de la calidad de las revistas y de las exigencias como la revisión de pares previo a la aceptación de los trabajos y los grados de indexación pues mientras más altos la calidad de los articulos estarán en consonancia con estas. Bases de datos como Scopus de la editorial Elsevier, Web Science, la revista Nature fundada en 1869 siendo una de las más prestigiosas a nivel mundial, que tiene un riguroso proceso de revisión por pares y son un referente para la evaluación.

Respecto de la objetividad científica Hempel (1973) dice que queda salvaguardada por el principio de que, en la ciencia, si bien las hipótesis y teorías pueden ser libremente inventadas y propuestas, sólo pueden ser aceptadas e incorporadas al corpus del conocimiento científico si resisten la revisión crítica, que comprende, en particular, la comprobación, mediante cuidadosa observación y experimentación, de las apropiadas implicaciones contrastadoras. (p. 34) Un presupuesto para que opere esta objetividad es que la investigación sea difundida de tal forma que pueda ser cuestionada por los expertos, y debe ser posible de replicación para comprobar que lo afirmado por el investigador es veraz.

Haack (2020) sostiene que el examen por pares implica que la revisión de la investigación es por personas que tienen la especialidad en el campo de la

especialidad. (p. 237) Cuando un científico presenta un artículo a estas plataformas son sometidas a revisión por especialistas que han sido seleccionados de manera aleatoria y se le dicen pares ciegos por esa razón pues no conocen quien es el autor del trabajo sometido a su revisión.

Respeto de la selección de las bases de datos, Haack (2020) tiene una postura crítica. Da cuenta que en 1993 en un caso que llegó a la Corte Suprema, un *amicus cuestionó* que los jueces les dieran mucha confianza a publicaciones arbitradas con el argumento que la publicación de un artículo con una revisión previa por pares en una revista, y la misma publicación no es determinante para concluir que el trabajo evaluado ha sido realizado rigurosa y meticulosamente. (p. 238) Lo que está indicando es que la sola publicación en una revista prestigiosa no es una garantía de que la metodología sea fiable y que estas tengan per se una calidad. No deja de tener razón porque aún en estas revistas pueden incluirse trabajos que podrían ser plagiados o de dudosa calidad científica pues si son trabajos experimentales tendrían que ser sometidos a demostración y un arbitraje por pares ciegos sería insuficiente. Un mecanismo es que cuando se advierte posterior a la publicación que esta no es fiable, o es producto de un plagio el artículo es retirado de la publicación y se denomina *retractación* y la idea es mantener la calidad de información y además promueve el comportamiento ético entre los autores.

Se estima que el examen por pares expertos para que se publique no es garantía de confianza probatoria, (Haack, 2020) ya que se podrían ponerse trabajas a trabajos bien sustentados por la originalidad y que es una mejor señal el mantenerse vigente a la observación de la comunidad experta y el examen por pares en una forma amplia. (p. 238) Con la explosión de las tecnologías de la información no estimamos que sea un criterio determinante el añejamiento de los trabajos de investigación publicados, porque puede darse el caso que no hay posibilidad de revisión por la enorme masa de información.

El examen por personas expertas y la divulgación, según Vásquez (2015) no informan sobre la calidad de lo escrito y que lo más relevante de la publicación llega con el tiempo y las opiniones de la comunidad de expertos. (p. 117) Estas críticas

con posterioridad podrían poner en cuestión el contenido de la publicación y en vez de aclarar al juez este podría tener una postura escéptica frente a la teoría.

Haack (2020) argumenta que la propuesta del magistrado Blackmun, quien sostiene que las divulgaciones arbitradas no son condición necesaria ni suficiente para la fiabilidad probatoria, carece de utilidad práctica. Asimismo, la recomendación a los tribunales de considerar las publicaciones arbitradas como un factor relevante, aunque no determinante, para la admisibilidad también resulta poco útil. (p. 239) Entonces otro factor de calidad de la publicación es su permanencia en el tiempo, sin haberse cuestionado su contenido, aunque podemos advertir que actualmente hay una gran cantidad de información por lo que si bien no es imposible la revisión por pares luego de la publicación, esto se torna bastante complicado.

Haciendo un poco de historia, Haack (2020) señala que fue en 1946 cuando esta práctica se convirtió en una regla de las publicaciones de ciencias y que Michael Polanyi manifestó que era de utilidad gnoseológica el examen por pares y que el emprendimiento científico estriba en compartir las evidencias y de la mutua vigilancia y que los científicos estarían perdiendo su valioso tiempo revisando trabajos mediocres para encontrar lo que es realmente útil. (p. 243-244) La idea de la evaluación implica que sea sometido al escrutinio público, pero de la comunidad experta, no de cualquier ciudadano común y corriente.

No es un sistema infalible pues Haack (2020) describe que las fallas en los mecanismos de revisión hacen que pueda filtrarse trabajos de poca justificación científica como el caso del investigador coreano Wang Wao Suk que hizo un trabajo sobre clonación con datos falsos y logró que se publique en las prestigiosas revistas *Science* y en *Nature*. (p. 249) Wang era un investigador en biotecnología y por clonación de células madre y el 200 afirmó haber clonado celular humanas pero el 2006 se descubrió que había falseado los resultados de sus investigaciones lo que abrió una discusión en el aspecto ético.

La misma Corte estadounidense indicó que esta regla no garantizaba una conexión necesaria con el saber científico (Vásquez. 2015) pero la revisión por pares aumenta la posibilidad de hallar yerros en la metodología y contribuye en apreciar mejor su rigurosidad. (p.115) Lo importante es que estas no son reglas

pétreas, sino que permiten reforzar la valoración, y que la base detrás de esta revisión por pares también está la falsación de Popper.

Se relativiza esta evaluación por pares ya que Haack (2020) sostiene que el hecho de que un trabajo haya pasado la revisión por pares para su publicación no es garantía de perfección o que no sea un fraude y que la investigación haya sido rechazada por examinadores no es indicador que no sea un avance relevante. (p. 253) entonces la publicación en revistas altamente profesionales y verificadas no garantiza necesariamente la calidad de la información.

Haack (2020) dice que genera desilusión el saber que el examen realizado por los jueces acerca de la revisión por pares y la publicación es mayoritariamente de escasa profundidad y que las virtudes y los vicios del sistema de evaluación por pares sugiere preguntas que podrían arrojar luz sobre la importancia de que una prueba pericial ofrecida en un caso esté fundada, o no, en un trabajo divulgado en una revista arbitrada. (p. 258) La revisión por pares ciegos no garantiza la calidad de la información que se reciben en esas bases de datos, sin embargo, hay que asumir esos riesgos.

9. La fuente de información

¿Cómo calificar adecuadamente una revista? Haack (2020) formula diversas interrogantes ¿Es una buena revista o es el último recurso de los desesperados por divulgar? ¿El trabajo publicado fue revisado o se publicó por una deferencia de la revista? ¿Los revisores fueron sugeridos por el autor? ¿Se publicó por la excelente reputación del autor? ¿El autor forma parte del del comité editorial de la revista? ¿La revista recibe apoyo de la institución donde labora el autor? ¿El trabajo fue rechazado por otras publicaciones? ¿Es válida la evidencia que se sustenta en un trabajo no publicado o retractado? (p. 259) Estas interrogantes apuntan a establecer un rigor en la revista, en los evaluadores, en los intereses que podrían estar en conflicto, por ejemplo, una empresa farmacéutica que hace donaciones a la revista lo que puede interpretarse como un conflicto de intereses cuando se ventilan en la misma productos que la empresa produce. Ahora las revistas serias cuando un artículo es rechazado queda como marcado para poder ser ofrecida a otra revista de ese nivel. Hay declaraciones juradas de por medio, pero también puede haber controles tecnológicos para evitar que un artículo

rechazado pueda ser aceptada por otra revista del mismo nivel. El criterio de publicidad de los trabajos para que lo evalúe la comunidad especializada es importante, pero hay que ser conscientes que existen limitaciones.

10. El Acuerdo Plenario Nº 4-2015 sobre la valoración de la prueba pericial. Reglas epistemológicas

Las reglas interpretativas de la Corte Suprema nos permiten examinar la consistencia de los criterios valorativos de la evidencia pericial amén que propuesta ha sido construida a partir del caso Daubert.

10.1. Marco conceptual

Los jueces supremos establecen el enfoque que tienen respecto de la prueba pericial y su nexo con la investigación en el sexto considerando en el que señalan que para conocer la causa de un homicidio es insuficiente el saber particular del magistrado, por lo que deba acudir a un experto que es el perito y que la pericia es un medio probatorio por el que se busca un dictamen que se sustente en la ciencia, la técnica o el arte y que el juez no debe asumir las conclusiones de forma mecánica y sin haberlas sometido a control y, en caso de apartamiento tiene que solventar su opinión exponiendo las discrepancias sin dejar de considerar las leyes de la ciencia.

Los Jueces Supremos señalan la prueba pericial tiene una forma externa documental debido a la descripción de la metodología empleada para llegar a la conclusión sobre lo que es materia de examen y proviene de una actividad de estudio y de análisis del experto. Es legal y necesario que el experto este presente en las audiencias para que explique el contenido de su pericie de allí que se le considere como un órgano personal de prueba (Vide considerando 7)

El alto tribunal señala es patente que las reglas racionales de apreciación probatoria se aplican a la pericia de la fiscalía y que lo relevante es que el experto desarrolle su actividad de forma objetiva e imparcial y sus conclusiones fiables. (Vide considerando 8)

La pericia una vez efectuada podrá ser ofrecida por el fiscal como una evidencia de soporte de su acusación, pero también el acusado tiene derecho de presentar una pericia de refutación llamada de parte. La admisión de la prueba pericial será realizada por el magistrado con los filtros inteligentes como relevancia y utilidad. Si la pericia es admitida luego será actuada en juicio oral y en el que serán examinados los peritos que la elaboraron.

10.2. Los criterios para la valoración de la prueba pericial

La Corte Suprema establece que en la apreciación de la evidencia se pasa por un control sobre la licitud de la actuación probatoria y si esta ha cumplido los parámetros de la ley, verificar si tiene una dirección inculpatoria. Luego se pasa al juicio valorativo en estricto y el fin es concluir si existen pruebas de cargo y, si hay, establecer si es suficiente para dictar una sentencia de condena.

Las conclusiones del perito no son seguidas necesariamente por el juez, pero deben ser examinadas racionalmente y el magistrado no está autorizado para denegar el informe del perito con una teoría científica propia ni por conocimientos técnicos, ni modificar las afirmaciones periciales con solo sus conocimientos personales ya que estamos entonces en una valoración subjetiva e irracional. El magistrado tiene el deber de justificar con coherencia por qué acepta o rechaza un informe pericial, aplicando la lógica que permitirá sostener la validez de sus decisiones.

En este Acuerdo Plenario se asume los criterios que provienen de la jurisprudencia norteamericana en el caso Daubert que ya hemos mencionado, como la verificación o falsación de la teoria que fundamenta la pericia, el margen de error, la divulgación en revistas arbitradas, y el consenso en la teoria por la comunidad de expertos (Vide considerando 18)

Hay que considerar que estos criterios son empleados para la admisión de evidencias en el modelo norteamericano por el magistrado a quien se le reconoce como un vigilante en el proceso, y en una suerte de paternalismo judicial, es responsable de la admisión de la pericia para que el jurado posteriormente se

pronuncie sobre las conclusiones de la pericia dado que este último, no está obligado a motivar el veredicto. En el caso nacional las reglas de admisión se basan en la relevancia y legalidad, pues si se emplean estos criterios con mayor profundidad, para admitir las pericias, el debate en fase intermedia podría adelantarse al propio juicio oral, escenario natural de la actuación y contradicción respecto de las pruebas.

El Supremo Tribunal hace una diferencia entre pericias basadas en conocimientos científicos y conocimientos técnicos, que también pueden emplearse como sustento de los exámenes vinculados al tema de prueba (Vide 21 considerando)

Tratando de fijar criterios más cercanos a la realidad para valorar la prueba pericial en el considerando 22 plantea las siguientes reglas:

A) La pericia debe examinarse en la audiencia y debe contemplar la acreditación del especialista que suscribió el informe, y ésta puede ser referida a su formación académica, sus cursos de especialización y la experiencia como perito en la materia. No es aceptable el poner énfasis en que si el experto es oficial o de parte, pues es de presumir que ambos realizaran su labor con profesionalismo. Esto es importante porque el valor de la pericia tendrá relación con la formación y ejercicio profesional del perito. En una pericia sobre homologación de voz realizado por peritos de la PNP que se han formado en los Estados Unidos y han practicado cientos de ellas, tienen superioridad frente a un perito de parte que se ha formado en un instituto nacional y solo ha hecho cinco pericias.

B) El informe debe haberse elaborado de acuerdo con criterios de racionalidad. Se debe analizar la congruencia entre lo que es el objeto de examen, la metodología y las conclusiones. También las contradicciones entre lo puesto en el dictamen y lo manifestado por el perito en la audiencia. El perito debe explicar sobre la metodología utilizada.

La metodología en las pericias puede ir variando en el tiempo por el mismo desarrollo de la ciencia, por lo que se puede dar mayor valor a las más actuales y que tengan refrendo por la comunidad científica.

C) Se debe examinar las circunstancias de lugar y tiempo en la elaboración de la pericia. Si hay una pluralidad de expertos la aceptación unánime de las conclusiones. Se recomienda documentar la exposición del perito en medios audiovisuales.

Se aprecia mejor un peritaje que ha abordado íntegramente el objeto a peritar y si son varios peritos que estos hayan llegado a la misma conclusión. Para mejor ilustración del tribunal, y dependiendo del objeto de prueba se puede documentar la misma o incluso grabar. Esto último no sería aplicable por ejemplo a pericias de ultraje sexual, por resguardo de la intimidad de la víctima.

D) Si la evidencia es científica, debe examinarse si se realizó conforme a las reglas de la comunidad de expertos y esta es una directriz para el magistrado. De ser notoria la confiabilidad de la teoria científica aplicable al caso se estima que ya no es necesario ir más allá. Debe considerarse el margen de error en las conclusiones.

Ahora, nos preguntamos ¿De dónde el juez debe sacar la información de la comunidad científica que respalda los métodos de la pericia?. Una primera fuente sería el mismo perito o si se trata de debates periciales entre la pericia oficial y la de parte, estos serían quienes deben informar al juez sobre la aceptabilidad de la teoría que sustentan sus conclusiones. Los Jueces Supremos estiman que el juez debe hacer un análisis profundo que sen conformes con reglas fiables de apreciación.

El juez, al valorar la evidencia pericial debe comprender tres puntos:

1) **Subjetivo**, que enfoca al perito en su personalidad, relaciones con las partes en litigio, formación científica, capacidad de argumentación y grado de conocimientos

2) **Fáctico o perceptual** que implica determinar cómo se acerca al objeto del examen y que técnicas emplea para ese fin.

3) **Objetivo**, se materializa en la metodología científica en la que se apoya, el nivel de la ciencia, la congruencia entre las partes del informe y las conclusiones.

10.3. El examen médico legal en delitos sexuales

En los delitos sexuales la Corte Suprema también fija algunas pautas dirigidas al profesional en el momento de recoger las evidencias (vide considerando 25 y 26) recogiendo las reglas que están en las guías para esta clase de delitos.

Respecto de la pericia psicológica forense y la credibilidad del testimonio considera que el magistrado al interrogar al perito debe inquirir sobre los siguientes aspectos:

A) Si la víctima es capaz de dar testimonio
B) Si puede dar un testimonio detallado sobre los hechos investigados.
C) Si la víctima puede ser sugestionada, inducida y llevada exponer un relato falso.
D) Si la víctima puede falsear intencionalmente sobre el presunto ultraje.
E) Si la víctima es capaz de discernir y entender lo que se le inquiere.

Estas reglas a partir del enfoque de la psicología del testimonio pueden ser irrelevantes, ya que de lo que se trata es de verificar si lo declarado puede ser confirmado con otras pruebas.

La Corte Suprema en la línea de proponer criterios para realizar un análisis de credibilidad (vide considerando 30) afirma que se debe examinar a las personas que narran sobre hechos tomando en cuenta:

A) El grado cognitivo de la persona que tiene que ver con la habilidad para informar sobre los eventos con exactitud y que es de considerar factores que tienden a influir en la memoria.

B) El elemento motivacional referido a la actitud voluntaria de explicar o no los hechos.

En el considerando 32 sin embargo señala que se deben tomar las precauciones en estos testimonios pues quien debe decir sobre el caso es el juez cuyo raciocino no puede ser sustituido por expertos que analizan en abstracto mas no la conducta en la situación concreta y que las pericias sirven de apoyo a la argumentación judicial.

10.4. La pericia psicológica forense en los delitos sexuales

La medición del daño psicológico es importante para fijar las indemnizaciones o reparaciones civiles a la víctima y también la necesidad de recuperarla del trauma ocasionado.

Se señala que la lesión psíquica incapacita de manera significativa para afrontar los retos de la vida cotidiana en los ámbitos personal, laboral, familiar o social; por lo que su existencia es cuantificable, siendo los trastornos adaptativos, el estrés postraumático y la descompensación de una personalidad anómala las más comunes. Según la OMS, el trastorno de estrés postraumático es una consecuencia de incidentes agresivos y es una disfunción psicológica que surge tras un asalto físico o un peligro para la vida de uno mismo o la vida de otra persona. La respuesta emocional provocada se manifiesta como una caracterizada por el miedo y la vulnerabilidad. (Vide considerando 33)

Es importante que el Alto Tribunal haya fijado reglas en el Acuerdo Plenario N°04-2015 respecto de la pericia, pero estas hay que asumirlas críticamente y aplicarlas de acuerdo con la naturaleza de cada delito.

CAPITULO X

LOS ESTANDARES DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL PERUANO

1. Introducción

Nos proponemos analizar los estándares de prueba incorporados por la jurisprudencia con la Sentencia Plenaria Casatoria Nº 1-2017, y las reglas son de aplicación en cada fase del proceso penal, en la idea de la progresividad, como regla general, y determinar si estos tienen una configuración objetiva que permita que sean controladas intersubjetivamente por los órganos de revisión. Esto tiene que ver con los llamados umbrales que son los valores mínimos de una magnitud, que deben ser sorteados para dar por probadas las hipótesis construidas por el Ministerio Publico en el sistema procesal penal peruano. Debemos examinar cuáles son los criterios para construir los Estándares de prueba y la necesidad de su utilización en el proceso.

Recordemos que los estándares de prueba son las reglas que permiten considerar suficientemente acreditadas o probadas las hipótesis formuladas por las partes. El epistemólogo estadounidense Laudan (2013) afirma que un estándar determina el umbral mínimo que debe cumplirse para afirmar que la hipótesis ha sido validada. (p.105). El problema siguiente es determinar cómo se formula esos estándares de prueba y frente a eso Ferrer (2021) afirma que para su construcción se deben satisfacer dos requisitos distintos: el epistemológico y el valuativo que busca fortalecer el nivel de exigencia establecido en el estándar. (p.22). La aspiración es que estos estándares de prueba sean objetivos, y se alejen de la creencia subjetiva del decisor.

Anderson, Schum y Twining (2015) definen el estándar como el nivel de persuasión requerido por el proponente para determinar un concreto hecho en cuestión y en casos civiles es la preponderancia de la prueba o el balance de las probabilidades y en penal, la fiscalía tiene que satisfacer el estándar de más allá

de duda razonable para obtener una condena y en algunos casos no penales, se dice que el estándar sería el de prueba «clara y convincente. (p. 447)

Se alude al hecho que en el proceso en general van a operar distintos grados de persuasión que permitirá al juez confirmar la hipótesis planteada por algún sujeto procesal, para darla por probada.

El camino para dar por probado un hecho o que existió es el uso de la inducción o la probabilidad inductiva tal como lo sostiene Vargas (2019) quien señala que cuando el juez declara que un hecho está probado lo hace mediante la construcción de argumentos inductivos, lo cual solo le permite llegar a una decisión en términos de probabilidad. (p. 21) En esta misma línea Muñoz (2020) sostiene que el modelo de la probabilidad inductiva permite medir el nivel de confirmación de una hipótesis y que entre varias se debe preferir la que hipótesis que recibe el mayor apoyo. (p. 201) es decir la que tenga mejores elementos de juicio o pruebas.

Otra precisión conceptual es que existe una interrelación entre los estándares y la apreciación probatoria. El probar un hecho de forma suficiente sobrepasando los umbrales fijados por el juez o el legislador, permitirán concretar esa conexión entre ambas. Por otro lado, los criterios que deben permitir el acercamiento a la verdad son de naturaleza racional, aunque hemos de advertir que hay factores extra epistémicos que ingresan a fijar los estándares de prueba que pueden estar fuera de la racionalidad. Sobre esta conexión Dei Vecchi (2019) dice que es suficiente generar un sistema de apreciación probatoria:

> "…que, sin renunciar a la asignación racional de peso a los elementos probatorios y al conjunto de ellos (en términos epistémicos), se combine con estándares fijados por el legislador; estándares que respondan adecuadamente a las (asimétricas) evaluaciones morales relativas a los errores potenciales y sus consecuencias, pero donde la suficiencia sea producto del peso epistémico de la prueba". (p.65)

Cuando Dei Vecchi afirma que los estándares de prueba responden a evaluaciones morales, estas dependen de la cultura de una sociedad, desde una particular forma de concebir la moral, se nos ocurre diferenciar una moral en países nórdicos, latinoamericanos o asiáticos. Responde a la filosofía que predomina en estas sociedades.

Los estándares de prueba tienen una génesis en la certeza moral de origen en la teología cristiana y luego se trasladó al sistema del common law propio del mundo anglosajón en los que se ha discutido que estos deben prevenir los errores. Laudan (2013) dice que los estándares deben permitir la repartición de los errores tratando de garantizar que sean predominantemente absoluciones falsas, en lugar de condenas falsas y esta doctrina está constituida por conceptos y preceptos que están pensados para salvaguardar el destino del acusado. (p. 60)

Como la mayor discusión teórica ha estado en el mundo anglosajón existen cuestionamientos sobre si es necesario tener estándares de prueba en el derecho euro continental, como sostiene Mora (2020) quien dice que si bien hay autores como Ferrer que estiman imprescindible la determinación de estándares de prueba, hay otros como Gonzales Lagier que parten de la dificultad que entraña la precisión de establecer umbrales y se decantan por utilizar las reglas de juicio valorativo y que el costo del error se distribuya por otras medios. (p. 90). La objetividad de los estándares de prueba es el núcleo del problema; es decir si pueden formularse de esa forma y tiene una dura crítica por parte de Nieva (2016) quien dice frente al ejemplo planteado por Ferrer de una contrastación de la hipótesis y la refutación de conjeturas que sean concurrentes con la inocencia del imputado, estas últimas dependen de las habilidades cognitivas del juez volviendo a caer en el subjetivismo (p.12) Frente a esta imposibilidad de marcar límites para establecer con claridad cuando se ha pasado el umbral Mora (2020) dice que mejor sería conformarse siguiendo a Gonzales Lagier y que si se ha alcanzado suficiente prueba, que la corroboración dependa del mejor criterio del juez (p. 91). Si bien podemos compartir la postura de Mora es de precisar que la suficiencia establecida por el juez debe responder al grado de justificación que tiene la hipótesis y esta se asienta en una apreciación racional de la prueba que la confirme, es decir llegar a una convicción justificada epistémicamente. Además, que se pueda realizar un control intersubjetivo de ese grado de confirmación, y que Reyes (2020) entiende que la revisión debe centrarse en la solidez de las reglas del sentido común o en el argumento racional utilizado como premisa en el razonamiento y que el resultado obtenido sea producto de una inferencia correctamente realizada. (p. 355) postura que compartimos dada la obligación de motivar su decisión que tienen los jueces

nacionales. Este control dentro del proceso se hace mediante los recursos de impugnación.

Si bien es de admitir que el tema de los estándares de prueba no ha estado en la agenda de la doctrina procesal nacional por lo menos a profundidad, en estos últimos años, se ha ido introduciendo poco a poco la discusión, avivada tras la introducción de los estándares de prueba por la Sentencia Casatoria Nº 1-2017.

2. Análisis la Sentencia Plenaria Casatoria Nº 1-2017

Esta sentencia plenaria se emitió con la finalidad de uniformizar la interpretación del delito de blanqueo de capitales, pero como consecuencia de la pretensión, se fijaron reglas de los estándares de prueba que deben ser utilizados como umbrales en el proceso penal, tanto por el Ministerio Público como por el Poder Judicial, por lo que analizaremos la parte considerativa donde la Corte Suprema fundamenta la necesidad de estas reglas y que el *grado de convencimiento no será el mismo durante las* fases del proceso siendo la alta creencia más allá de toda duda razonable, cuando se trata de pronunciar una sentencia condenatoria. (Vide considerando 23)

La Corte Suprema ha acudido a la doctrina alemana y ha recepcionado estos estándares de prueba de sospecha como la simple, suficiente y vehemente que dará sustento a las que han sido introducidas en la doctrina jurisprudencial.

> ***"Sospecha inicial:*** *existen indicios reales suficientes respecto de un hecho punible; una muy pequeña sospecha basta.*
> ***Sospecha suficiente:*** *en la evaluación provisoria del hecho, la condena del imputado debe resultar probable (más probable que una absolución).*
> *Es necesaria para la acusación y la apertura del procedimiento principal.*
> ***Sospecha vehemente:*** *la probabilidad de que el imputado ha cometido un delito es grande, mayor aún que en la sospecha suficiente. Es necesaria, por ejemplo, para el dictado de una orden de detención".* (Volk, 2016, p. 78)

Podemos apreciar también que se introduce el estándar de prueba de convicción más allá de toda duda razonable, de raigambre canónica, y se reconoce que, en el proceso penal, siendo este según Laudan (2013) *un motor epistémico* o

de adquisición de conocimiento (p. 23), los estándares de prueba varían de acuerdo con las fases del proceso, siendo las siguientes:

> a) Para emitir la resolución de diligencias preliminares solo es necesario una sospecha simple para establecer si se dieron los eventos que deben ser indagados, su delictuosidad y también para proteger fuentes de prueba e identificar autores o partícipes

En este caso la directriz no es para el Juez sino en nuestro diseño procesal es para el Ministerio Público que para abrir una indagación preliminar debe arribar a la sospecha simple.

Se usa el vocablo *sospecha* teniendo como referente la legislación procesal penal alemana, en el que tiene un sentido objetivo, distinto al uso común o coloquial del término, que a veces alude a una apreciación subjetiva de una persona, o a una corazonada, que en el fondo tiene base irracional. Se ha buscado darle un sustento normativo, de allí que se cite la norma 330. 2 del CPP, pero el vocablo *sospecha* solo es mencionado en el art. 329.1 del CPP.

La Corte Suprema explica el sentido del uso del término *sospecha* señalando que no se usa en como corazonadas sin base objetiva sino en su sentido jurídico, como un saber intermedio, de diversa intensidad y que a partir de informaciones incriminatorias autorizan a dictar una diversidad de decisiones medidas de restricción y realizar actuaciones.[17]

Vemos que marca la diferencia en el uso de la *sospecha* de forma vulgar o cotidiana que tiene un sustento más subjetivo, señalando que la *sospecha* a la que se alude es a un estado de conocimiento de diferente magnitud.

> b) Para emitir la disposición formal de la investigación se necesita sospecha reveladora que está constituida de indicios manifiestos de la existencia de una infracción penal, que la acción esté vigente y se haya individualizado al investigado (Art. 336.1 del CPP).

La justificación para formalizar una investigación preparatoria mediante una disposición de apertura implica legalmente que ya se tiene un hecho delictuoso, e

[17] Apartado del considerando 23

identificado autores o participes, y que esto se ha determinado a partir de indicios reveladores, y también este estándar está dirigido al Ministerio Público. La Corte Suprema diferencia estos indicios de aquellos que constituyen la prueba indiciaria y señalan que el indicio tiene como primer significado a la prueba circunstancial y la segunda como un indicador de la creación de eventos que prima facie se califican como delictivos.*[18]*

La *sospecha reveladora* es un estándar de prueba cuya originalidad es atribuible al máximo organo jurisdiccional, apoyándose en la descripción de los requisitos fijados por el CPP para la materialización de la indagación preparatoria.

Tenemos el estándar suficiente con el que se justifica la presentación de una acusación.

C) La sospecha suficiente es el estándar que se debe requerir para la acusación que implica tener base suficiente para ello o elementos probatorios suficientes para pedir el juzgamiento del acusado (Art. 344.1 y 2.d del CPP).[19]

La acusación como decisión posterior a la culminación de la investigatoria es el resultado de la evaluación que hace la fiscalía de todo lo acopiado durante la investigación preparatoria y que le permite concluir que tiene un sólido caso con prueba suficiente para ser llevado a juicio oral y lograr la condena del imputado. ¿Cuándo se puede estimar que se tiene prueba suficiente para presentar una acusación? En la doctrina alemana conforme a Volk (2016) se dice que se puede arribar a la conclusión de presentar una acusación cuando se considera que la condena del imputado es más probable que una absolución (p. 78). Esto es cercano al estándar de probabilidad preponderante en el Reino Unido que podría representarse intuitivamente con un porcentaje del 50,01% de creencia o persuasión. (Nieva, 2020 p. 420) En esta situación se mantienen dos hipótesis contradictorias, solo que una tiene mayor justificación epistémica que la otra, que en este caso debe ser la que postula el Ministerio Público, en este estándar de prueba la última palabra la tiene el magistrado quien en el saneamiento de la acusación podrá decidir si es

[18] Considerando 23
[19] Considerando 23

que la acusación tiene prueba suficiente, o decidir por el archivo de este acto de postulación de la fiscalía sino tiene base empírica.

En la evaluación de uno de los presupuestos materiales de las acciones de aseguramiento como la prisión preventiva referida a la verosimilitud o fumus comissi delicti (apariencia de comisión de delito), ampliamente sido desarrollado en el Acuerdo Plenario Nº 1-2019 en el que se señala que, respecto de esta grave injerencia a la libertad personal, para dictar esta dura limitación de derechos se necesita el estándar de sospecha grave que es el contar con fuertes elementos de prueba para poder estimar que el investigado sería el presunto autor o cómplice del delito (Art. 268.a del CPP).[20]

La Corte Suprema además respecto de las infracciones penales graves como organización criminal, terrorismo o narcotráfico, blanqueo de capitales, secuestro, considera que los estándares de prueba para poder evaluar la prognosis no puede ser de tanta entidad como para arribar a la *sospecha fuerte* que está vinculada al requisito de verosimilitud, sino propone la *sospecha suficiente* que considera que es un grado inmediatamente inferior a la *sospecha fuerte*. La acreditación la debe realizar el Ministerio Público en su requerimiento de prisión preventiva, lo que por sí solo no es suficiente porque siempre vamos a estar en el criterio de que los requisitos son copulativos de tal manera que se tendría que agregar aquí el peligro en la demora, posibilidad de fuga o de destrucción de pruebas.[21]

Esto nos confirma que hay aspectos valorativos en la selección de los umbrales y que provocan polémicas en la doctrina, cuando se trata de formularlos.

3. Contenido de los Estándares de Prueba

En la sentencia examinada la Corte Suprema describe los criterios y metodología para arribar a los estándares probatorios fijados para tomar las disposiciones en sede del Ministerio Público y del Poder judicial.

[20] Considerando 23
[21] Vide Considerando 37

3.1. Sospecha Simple

Requiere de puntos de partida objetivos, o apoyo, justificado por hechos concretos y basado en la experiencia criminalística, de que se ha cometido un hecho delictivo perseguible que puede ser delito. Se requiere de indicios procedimentales o fácticos relativos sin los cuales no puede fundarse sospecha alguna. [22]

La noticia de la comisión de un delito es suficiente para disponer el inicio de diligencias preliminares, por ejemplo, encontrar una persona asesinada con por una bala disparada en la cabeza. Esto permite inferir que existe la posibilidad de un homicidio, por lo que la apertura de la diligencia preliminar permitirá establecer si esta hipótesis tiene justificación epistémica, y que descarte por ejemplo un suicidio. No es requisito la identificación de un autor, pues esto forma parte de la diligencia preliminar. Lo que ha faltado desarrollar es cual es el estándar de prueba necesario para la imputación en esta fase. En el ejemplo tenemos que establecer una conexión de un presunto autor con el delito, como la sindicación de un testigo que le ha visto disparar contra la víctima, o un vídeo, o un vestigio en la persona que lo conecta a la víctima sin una justificación del por qué lleva esa evidencia en su cuerpo y que sea subsumible provisionalmente en la descripción típica del delito de homicidio: el que mata a otro. Es decir, la imputación, si bien todavía es débil en esta etapa, para construirla se debe hacer en base a una inferencia razonable de los datos recogidos durante las diligencias preliminares. Hacerlo a partir de conjeturas, sin sustento objetivo, es ir en contra del contenido de la sospecha que la Corte Suprema ha definido con claridad: es aquella a la que se arriba a partir una inferencia preliminar teniendo como premisa datos objetivos. La disposición de abrir diligencias previas y la imputación en esta fase deben tener otras exigencias que garanticen los derechos de los investigados.

3.2. Sospecha Reveladora

Para la Corte Suprema, se trata de un nivel intermedio de sospecha, que implica la existencia de hechos o datos fundamentales que, de manera racional,

[22] Considerando 24

sirvan como indicios de una conducta específica, respaldados por elementos de convicción con un nivel medio de acreditación.

La justificación epistémica para la investigación preparatoria formal donde ya existe un hecho punible y se tiene una identificación de autores y participes, debe estar sostenida en sucesos o informaciones que sean indicios racionales de un comportamiento criminal, y con la presencia de elementos de prueba con determinado nivel, medio, de verificación, en coherencia con la progresividad de los estándares de prueba. De allí que se alude a un grado de confirmación intermedio, con mayor peso que el de la sospecha simple, y la suficiente. Se deben descartar elementos de prueba imprecisos o leves para abrir investigación.

3.3. Sospecha Suficiente

Para los Jueces Supremos la sospecha adecuada para la acusación y la emisión del auto de enjuiciamiento es aquella que presenta un grado relativamente más sólido, requiriendo una probabilidad de condena superior a la de absolución. Que existan evidencias incriminatorias que sean más relevantes que aquellas que favorecen al acusado.

La sospecha suficiente es un nivel de corroboración de la conjetura delictiva formulada por el Ministerio Público, en la que hay un pronóstico de condena mayor que el de una absolución, tal como hemos sostenido, y de acuerdo con la doctrina germana, sería el equivalente al estándar de prueba de probabilidad preponderante. Por la regla de objetividad la fiscalía en su propia valoración debe considerar los elementos probatorios de cargo y de defensa para concluir que existe una mayor probabilidad que logre la condena del acusado cuando este sea llevado a juicio oral.

3.4. Sospecha Grave

Este es grado más alto de la sospecha y es propia para dictar mandato de prisión preventiva y se necesita de un alto grado de verosimilitud de que el investigado habría sido el autor del suceso delictivo, pero inferior al estándar establecido para la condena en el que no debe existir duda racional.

La *sospecha grave* es el estado más alto de estos estándares de prueba de sospecha, y que fijan una alta probabilidad que una persona va a ser condenada, y también tiene una significación desde nuestro punto de vista, de colocar filtros más potentes cuando se trata de la petición de la fiscalía para limitar la libertad de una persona. Juntamente con los otros requisitos de esta medida cautelar, la Corte Suprema pone los límites para que la prisión preventiva sea excepcional como se pregona en el ámbito jurisprudencial y doctrinario. En esta línea Tuzet (2021) dice que donde las consecuencias prácticas son más graves para el imputado el umbral de justificación aumenta y se requiere prueba de mayor calidad. (p. 265)

Los Jueces Supremos de forma conclusiva afirman que los elementos de juicio como pruebas o de persuasión deben ser aptos e ineludibles[23], lo que desde nuestra interpretación es que los elementos de prueba deben tener de acuerdo con cada fase del proceso, capacidad acreditativa o demostrativa de afirmaciones propuestas por las partes.

Finalmente, el estándar de convicción o creencia que trascienda la duda racional salvo referencias genéricas no hay mayores criterios para la determinación de su contenido, tarea que debe abordarse desde la doctrina, dada la complejidad de este grado de suficiencia que permite la condena de culpables.

Examinadas estas reglas es posible concluir que la introducción de estas reglas de umbrales por la Sentencia Nº 1-2017 marca un hito importante en la discusión de la necesidad o no de estas fórmulas; el sistema procesal nacional ha sobrevivido sin estos estándares de prueba durante la era republicana, pues estos no estaban explicitados y ahí la necesidad de su incorporación trae como consecuencia lógica, discutir la forma de fijar criterios para dotarlos de una justificación epistémica robusta.

[23] Vide considerando 25

CAPITULO XI
EL GRADO DE CONVICCION MAS ALLA DE TODA DUDA RAZONABLE

1. Introducción

Nos proponemos examinar el estándar de convicción más allá de toda duda razonable incorporado por en la Sentencia Nº 1-2017 que originalmente se emitió para uniformizar la interpretación del delito de blanqueo de capitales, pero adicionalmente se fijaron reglas de los estándares de prueba que deben ser utilizados como umbrales en el proceso. Si bien en los estándares de sospecha, previos a la emisión de una sentencia hay algunas pautas para establecer su contenido, esto no se ha dado respecto del estándar para justificar una condena, y frente a este vacío hay una necesidad de proponer algunas pautas de interpretación y aplicación de esta regla de suficiencia probatoria.

2. El estándar de prueba de convicción más allá de toda duda razonable. Antecedentes Históricos

El estándar (*Beyond a Reasonable Doubt*) o más allá de duda basada en la razón ha tenido un curso accidentado a lo largo de la historia, habiendo sido una suerte de regla de advertencia a los jueces desde la teología cristiana, para evitar que condenen a una persona si en su fuero interno había un atisbo de duda. La consecuencia de una condena con duda era el castigo divino del infierno.

James Q. Whitman (2005) en su obra "The Origins of "Reasonable Doubt" desarrollado con erudición nos da luces respecto a cómo fue concebido la duda razonable en su génesis:

> “Un juez que sentenció a una persona acusada a un castigo de sangre mientras experimentando “duda” acerca de la culpa cometió un pecado mortal, y así puso su propia salvación en riesgo. Estos fueron mandatos judiciales que se aplicaron a los jueces en todas partes de la cristiandad, de España a Alemania, de Italia a Inglaterra.” (p. 7)

Aquí el resultado no es trascendente, es decir no interesaba si había un error en la decisión del juez, sino que esta se había dado como consecuencia de una certeza moral. El origen entonces es desde las reglas del derecho canónico y dirigido a los jueces del sistema jurídico europeo continental. Posteriormente esta regla paso a ser empleada por los jurados ingleses, en su derecho consuetudinario, y en sus inicios también tenían ese contenido dada la influencia del cristianismo por esos lares. Es decir que igual funcionaba como una regla para condenar sin duda.

El estándar que analizamos (Nieva, 2020) surgió del Derecho canónico denominada: *de certeza moral* que supone que si un proceso se ha llevado correctamente no es posible asegurar la averiguación de la verdad, pero se tendrá la "certeza moral" de haberlo hecho. (p. 419) Si bien la certeza moral es el antecedente, no creemos estar tan seguros de que su base era racional, pues allí la duda podía generarse aun cuando razonablemente las pruebas decían lo contrario y con claridad, sino que la certeza moral tenía una fuerte base subjetiva.

Justificando el peso de instituciones de la doctrina cristiana en el derecho y en las reglas de prueba, Whitman (2005) alude también a la decisión en conciencia que se daría cuando los jurados han traspasado la duda y condenan de allí que tenga sentido la siguiente afirmación:

> "Todos sabemos que se supone que los jurados deben decidir "según conciencia"; y todo el que tiene un conocimiento básico de la doctrina cristiana entiende que las cuestiones de "conciencia" son cuestiones que implican peligro para el alma del individuo cristiano." (p.5)

La influencia de la religión cristiana ha sido determinante en la configuración inicial de la *duda razonable.* Era una regla teológica dirigida a los jueces para que tuviesen cuidado en condenar sin dudas, pues hacer lo contrario significaba su propia condenación en el infierno. Esta concepción inicial fue posteriormente modificada para darle en el derecho consuetudinario inglés otro significado, en medio de las contradicciones en el mundo cristiano tal como Whitman (2005) sostiene:

> "La historia (…) de la "duda razonable" es la historia de las luchas inglesas con estos desafíos cristianos occidentales universales. Los jurados de

> derecho consuetudinario eran cristianos, y eran cristianos que participaban en actos de juicio durante la edad media. Los jurados penales aún no se enfrentaban a los peores peligros que implican tales actos pues (…) no estaban obligados a dictar un veredicto general de "culpable" y, por lo tanto, no fueron obligados a poner sus almas en riesgo.” (p.7)

La moral es otro factor importante en la determinación del contenido moderno de la duda razonable, que considera la posibilidad de error cuando el juez toma una decisión final sobre un caso puesto en su conocimiento, tal como afirma Muñoz (2020) que el estándar tiene un fundamento moral incuestionable al considerar que es aceptable que muchos reos culpables sean liberados a sancionar a un inocente y que en esta regla moral han coincidido Maimónides, Hale, Voltaire y Blackstone. (p. 192)

Es estándar de duda razonable (Whitman, 2005) se introdujo en el common law entre 1770 y 1780. Los jurados que deseaban preservar un “seguro de conciencia” seguían los preceptos del estándar de prueba de teología del “camino más seguro”, por lo que se negaban a condenar a los acusados cuando experimentaron “cualquier grado de duda” (p.8) La duda como hemos visto podía generarse en el fuero interno del jurado sin necesidad que haya una justificación probatoria. Se estaba ante una especie de conocimiento intuitivo que particularmente posee una base irracional.

El libro The Origins of Adversary Criminal Trial, de 2003 de John Langbein, Whitman (2005) a quien considera como el más valioso y penetrante de los historiadores del derecho consuetudinario se afirma que la "duda razonable" se desarrolló en Inglaterra a mediados de 1780, y que fue parte de un esfuerzo mayor para crear protecciones para el imputado, dándole un giro al concepto original. (p.11) El esfuerzo por darle un contenido en base a pruebas implica un avance puesto que las dudas ya no surgían de una intuición, o un pálpito del juzgador, sino que provenían evaluando la información que se obtenía de la actividad probatoria de tal forma que el acusado pudiese tener la garantía que la imputación que se le hacía debía probarse de manera suficiente para justificar una sanción.

Además, Whitman (2005) cita el trabajo The Science of Conjecture, un libro de 2001 de James Franklin, historiador de la ciencia y la epistemología quien

sostiene que el estándar no aparece el XVIII, sino antes, del siglo XVI y que no fue producido por abogados sino afirma que la locución "duda razonable" fue formulada por primera vez por Francisco Suárez (p.11)[24]. Esto permite sostener que históricamente este estándar es de origen europeo continental y no anglosajón.

Respecto a las leyes del Estado (Franklin, 2015) Francisco Suárez sostenía que estas se debían obedecer salvo si iban contra Dios, pero para llegar a este apartamiento o desobediencia se tenía que llegar al estándar de prueba de "certeza moral." Franklin (2015) señala que el aporte de Suarez fue una distinción clara entre duda negativa y positiva. La duda negativa es cuando no hay razones, y la positiva cuando hay razones, y si se da esta última hay que seguir lo más probable (p.77). Esto enlaza con la doctrina del *"camino más seguro"*, que fue asumido por los jueces en la aplicación del derecho canónico. Si había una duda se debía actuar minimizando la posibilidad del error. Esta idea fue reiterada por el Pontífice Inocencio III quien presidió el Cuarto Concilio de Letrán en 1215 y aquí produjo la formulación clásica: *"Cuando hay dudas, hay que elegir el camino más seguro*." Esta frase (Whitman, 2005) que los moralistas ingleses seguirían repitiendo siete siglos más tarde, se convirtió en estándares de prueba. (p. 63) El denominado Doctor Eximio nació casi a mediados del siglo XVI (1548), y en *De Legibus* de 1612, considerada como su principal obra de filosofía del derecho (Delgado, 2006) lo que hizo fue recepcionar la doctrina de la iglesia de cuatro siglos antes, como el *camino más seguro,* y que confirma más aún que este estándar de prueba es de origen católico.

Accatino (2011) analizando la historia de este estándar lo vincula con el empirismo inglés del siglo XVII en la versión de Jhon Locke y su obra sobre el entendimiento en humano afirmando que se asimilaba a la exigencia de "certeza moral" (p. 491) En esta obra Locke se propuso la tarea de como precisar de mejor forma las capacidades para conocer y determinar que objetos de objetos pueden ser asimilados a nuestra comprensión [25]. Y la fuente para la demostración de los hechos era la experiencia, el mundo real, lo que permitió de alguna forma salir del

[24] Sacerdote jesuita, también llamado el Doctor Eximio, fue uno de los más destacados filósofos de la escuela de Salamanca, estimamos con el mismo nivel de aporte a la filosofía que Santo Tomás de Aquino, y reconocido por su pensamiento por varios filósofos importantes de la era moderna como Rene Descartes y Martin Heidegger.

[25] Vide el Prólogo de Jose Robles y Carmen Silva en El Ensayo sobre el entendimiento de Locke en la traducción de Edmundo Gorman, Fondo de Cultura económica 2005, p. XXI

innatismo, aunque las limitaciones del empirismo permitieron que se desarrollara posteriormente la teoría del conocimiento kantiana.

El influyente jurista italiano Próspero Farinacci[26], (Whitman, 2005) contemporáneo de Francisco Suárez, sostenía que la teología moral incidía en el razonamiento y en la decisión del juez como puede apreciarse en el siguiente párrafo:

> "A veces el juez, ante la prueba que se le presenta, siente dudas, ahora se inclina hacia una parte, ahora hacia la otra, y su mente no puede venir hacia abajo en un lado, como cuando las pruebas son iguales o hay alguna oscuridad sobre ellos. Ahora, después de este período de duda, el juez comienza a inclinarse hacia una parte más que el otro. En ese momento, termina la duda y comienza la sospecha. Y si esto es suyo la sospecha es el resultado de pruebas graves luego termina la sospecha y comienza la opinión (. . .) Ahora bien, hablando con propiedad, decimos que el juez "duda", cuando no hay razón ni causa [quando nulla adest ratio, nulla que causa[27]], lo que le inclina más a una parte que al otro. . . y una persona está "en duda" cuando su mente no piensa línea más al demandante de lo que hace al demandado. Pero si después de dudar, el juez es movido por algún pedazo de evidencia o argumento para inclinarse en la dirección de la otra parte, entonces de ello no se dice "dudar" sino "tener una sospecha"(p. 69)

La alusión a la sospecha como un nivel de confirmación superior, es otro dato importante en los antecedentes de niveles de corroboración de estándares probatorios. La sospecha se considera como un grado de conocimiento es decir una aproximación a la verdad.

Whitman (2005) respecto de la lenta transformación del contenido original de fuerte influencia cristiana para desprenderse de las reglas morales y juzgar con cierta racionalidad dice:

---

[26] Jurista italiano citado por Whitman (2005) Vide obra Practice and Theory of Criminal Law en latin en https://bibliotecafloridablanca.um.es/bibliotecafloridablanca/handle/11169/1000 ejemplar de la Universidad de Murcia. Tipografia Erafmi Viothi en Parma el año MDCV. Su pretensión fue ofrecer a los jueces y abogados un "thesaurus totius criminalis materiae" es decir la totalidad de información en materia criminal de la época, incluyendo casuística y discusiones doctrinales. Recuperado en https://www.treccani.it/enciclopedia/prospero-farinacci_%28Dizionario-Biografico%29/

[27] Cuando no hay razón, no hay causa

> "…en el siglo XIX, las ansiedades morales fueron gradualmente olvidadas, y la antigua cultura cristiana que producía la "duda razonable" experimentó un lento proceso de declive después de 1800 (…) A principios o mediados del siglo XX, pocas personas aún tenían el viejo sentido de las responsabilidades "pesadas y dolorosas" de juzgar. Ahora los jueces continentales, totalmente profesionalizados podría tratar el juicio meramente como un proceso para alcanzar la certeza. Esto también ha sucedido en el mundo anglosajón pue si bien los miembros del jurado no han adquirido una identidad totalmente profesionalizada, han perdido esa ansiedad asociada a juzgar en base a reglas morales." (p.161)

¿Cómo debemos abordar la "duda razonable"? (Whitman, 2005) y la respuesta es que no tiene sentido volver a la intención original de la frase pues esta no aparece en la Constitución ni fue elaborado por alguien en particular y que surgió en un mundo europeo signados por preceptos de la teología moral cristiana y fue creado no sólo por juristas ingleses, sino moralistas ingleses, italianos, españoles y franceses (p.165). Es de considerar la recomendación que hace Whitman y aplicable al caso peruano, de que no es posible ir a su sentido original, sino darle un contenido acorde con el modelo de juicio racional al que nuestro sistema procesal pertenece.

En la doctrina moderna se dice que para que la duda pueda considerarse razonable (Muñoz, 2020) debe tener un sustento probatorio, ya que una hipótesis alternativa posible no debe en ningún caso ser infundada, o producto de las conjeturas o la imaginación del juzgador y que, en el modelo de la probabilidad lógica, en el que entran en competencia dos hipótesis en pugna que el juez debe analizar para elegir aquella que posea el mayor grado de confirmación. (p. 203) La duda debe estar basada en la razón, y mantenerse la situación de incertidumbre de la que no se sale por la insuficiencia de información para justificar las hipótesis y que dista de una duda basada en la subjetividad.

Según Taruffo (Muñoz, 2020) hay incertidumbre cuando frente a la representación del suceso que sustenta la responsabilidad, es todavía posible sostener una conjetura distinta y razonable en torno al mismo evento y no es dable

una condena. (p. 203) Interesante este planteamiento para establecer la duda, pues para condenar debe subsistir una sola hipótesis con apoyo en pruebas, y si se advierte que existe una hipótesis contraria con soporte epistémico, esto ya pone en cuestión el acercamiento a la verdad, y mantiene una situación de incertidumbre por lo que la consecuencia jurídica debe ser la absolución.

3. El estándar de prueba de creencia más allá de toda duda razonable en la jurisprudencia estadounidense

Las conquistas por los grandes imperios de otros pueblos produjeron fenómenos de trasplantes de culturas, de sistemas políticos y jurídicos en los territorios ocupados. Así como el derecho español se desarrolló con sus particularidades con la dominación del mundo Maya y Azteca por Cortez y el imperio incaico por Pizarro, el derecho inglés se trasladó a América del Norte, y allí luego de la independencia de las trece colonias del imperio británico, los estadounidenses crearon su propia Constitución, manteniendo el derecho consuetudinario o common law para resolver sus conflictos. Tal como lo enfatiza Accatino (2011) quien afirma que desde hace dos centurias en el derecho anglosajón se utiliza la fórmula que exige que la acusación sea acreditada sin duda razonable y esta tradición ha sido fortalecida con el caso "In re Winship" de 1970 y actualmente es exigida por el debido proceso. (p. 489)

Como se señala líneas arriba, esta regla se invocó en las sentencias de los jurados norteamericanos, tributarios del Common Law inglés, desde casi dos siglos, y tuvo su consagración constitucional en la sentencia In Re Winship de 1970.

3.1. In Re Winship, 397 US 358 (1970) 31 de marzo de 1970[28]

El hecho que dio origen a este caso fue que Winship, un niño de 12 años robó dinero de una billetera en un casillero. Un juez de familia determinó que había cometido un acto que equivaldría a hurto si lo hubiera cometido un adulto. Si bien es posible que la evidencia no haya establecido su responsabilidad sin duda razonable, el juez del tribunal de primera instancia utilizó el estándar de prueba de

[28] https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/358/#tab-opinion-1948447

preponderancia impuesto por la sección pertinente de la legislación de Familia de Nueva York. Como resultado, Winship fue acusado de delincuencia juvenil y apeló.

John Marshall Harlan fue el ponente del caso, e hizo referencias en la sentencia, de datos históricos, epistemológicos, jurídicos, y constitucionales relevantes. Dijo que la diferencia entre la prueba preponderante y la más allá de una duda razonable es significativa, aunque no hay forma de cuantificar el grado de certeza con precisión para cada estándar de prueba[29]. Los jurados generalmente podrán comprender que deben tener un nivel mucho más alto de confianza en sus creencias sobre lo que sucedió en un caso si se les informa sobre el estándar elevado. Al igual que en los casos penales que involucran a adultos, siempre existe la posibilidad de un error del jurado, y es mucho mejor que un menor culpable evite la clasificación como delincuente que un menor inocente sea clasificado incorrectamente como delincuente. Los costos del error son sustanciales, por lo que los procedimientos utilizados para minimizarlos deben ser igualmente sustanciales. Si bien la privación de libertad puede ser menos duradera para un menor que para un adulto.

Este tema del error abordado por Laudan (2013) cuya reducción hay que tomarse en serio (p. 24) ha sido parte problemática en la jurisprudencia norteamericana, de allí que Aguilera (2021) señale que los que hacen estándares de prueba cada vez más exigentes es demandar del juzgador que muestre el argumento que le permitió arribar a una conclusión fáctica y si incorporó acciones preventivas contra el error (p. 427) Es decir una obligación de exteriorizar o motivar las decisiones y también qué criterios se adopta para reducir el error, que pueden ser condenas o absoluciones falsas.

En el caso *In re Winship* la controversia tuvo que ver con la pregunta única y limitada de si el estándar de prueba certeza fuera de duda se encuentra entre los componentes principales del debido proceso y trato justo requeridos durante la fase de adjudicación cuando se acusa a un menor de un acto que sería un delito si lo cometiera una persona adulta.

[29] Es necesario precisar que en epistemología de la prueba se ha rechazado el método matemático como el pascaliano o bayesiano para medir el estándar de prueba.

Un magistrado del Tribunal de Familia de Nueva York en una audiencia celebrada en 1967 examinó la apelación del niño de 12 años que había ingresado a un casillero y sustraído ciento doce dólares a una señora. En la petición se alegaba que su acto, "si fuera realizado por un adulto, constituiría el delito o delitos de Hurto".

Se reconoció que la evidencia no podría no determinar la culpabilidad fuera duda razonable, más rechazó la afirmación del impugnante que sostenía la Decimocuarta Enmienda exigía dicha prueba. El juez se basó en cambio en § 744(b) de la legislación de Familia de Nueva York, que establece que como criterio que cualquier determinación al final de una audiencia judicial de que si un menor realizó un acto ilegal debe aplicarse la preponderancia de las pruebas, como estándar de menor umbral. La decisión contra el menor fue su colocación en una escuela de capacitación por un período inicial de 18 meses, sujeto a extensiones anuales de su compromiso hasta que cumpla dieciocho años.

3.2. Razonamiento de la Corte Suprema de EE. UU.

Como antecedente histórico el Supremo Tribunal Estadounidense señala que el requisito de que la culpabilidad de un cargo penal se establezca mediante pruebas que vayan más allá de una razonable duda data al menos de sus primeros años como nación.

Indica la Corte Suprema que la necesidad de un mayor nivel de persuasión en el ámbito penal se expresó de manera recurrente desde la antigüedad, pero su concreción en la fórmula vigente parece haber sucedido en 1798 y que actualmente se acepta en las jurisdicciones de derecho consuetudinario como la medida de persuasión por la cual la fiscalía debe convencer al juzgador de todos los elementos esenciales de la culpabilidad. Asimila este estándar de prueba a un mayor grado de persuasión, pero que a despecho de los que dicen que es un estándar subjetivo, la Corte Suprema dice que el convencimiento debe ser de todos los elementos de la culpabilidad y esta desde nuestra opinión solo radica en las pruebas.

Respecto del estándares estudiado el Alto Tribunal de los EE.UU dice que cumple un rol relevante en el modelo norteamericano de procedimiento penal y es

un mecanismo para reducir evitar condenas erróneas y le da un peso importante a la presunción de inocencia que se encuentra en la base de la administración del derecho penal.

El factor social influye en la fijación del estándar de prueba, pues como dice la jurisprudencia estadounidense. el imputado tiene en juego intereses vitales, como el que pierda libertad si es condenado, y estigmatizado por la condena. Por esta razón una sociedad justa que relieva el buen nombre y la libertad de la persona no puede penalizar a una persona como autor de un delito si haya una razonable incertidumbre sobre su responsabilidad.

La Corte Suprema en una primera conclusión sostiene este estándar tiene contenido constitucional y el debido proceso le da protección al acusado contra la condena salvo que se haya demostrado fuera de toda duda su culpabilidad.

Una segunda conclusión es que hay un principio fundamental de la sociedad norteamericana, de que es preferible absolver a un verdadero culpable que condenar a una persona inocente. Es solo debido a la aceptación casi completa y de larga data del estándar por parte de los Estados en los juicios penales que la Corte, hasta hoy, no ha tenido que sostener explícitamente que el debido proceso, como una expresión de equidad procesal fundamental, requiere un umbral más alto para los juicios penales que los litigios civiles.

Una tercera conclusión es que cuando un niño de 12 años es acusado de un acto de robo que lo expone a una reclusión de hasta seis años, entonces, como cuestión de debido proceso el caso en su contra debe probarse más allá una duda razonable.[30]

Esta sentencia es relevante puesto que son los jueces norteamericanos quienes delinean las funciones del estándares de prueba como es el de reducir los errores, esto es declarar culpable al inocente, o viceversa, y que la fijación del mismo no solo responde a aspectos epistémicos sino valorativos, puesto que al

[30] https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/358/#tab-opinion-1948447

decir que se requiere un estándar más exigente en penal que civil, lo que está en el fondo reconociendo que los bienes que están en controversia en el ámbito penal son de mayor peso que los de materia civil, como la libertad. Es posible entender como estas reglas marcaron el pensamiento de Larry Laudan, y la discusión que se trae desde España, con las propuestas de Jordi Ferrer.

4. El problema de dotar de contenido al estándar de prueba más allá de toda duda razonable

Una de las advertencias respecto a esta noción de estándar la sintetiza Laudan (2013) cuando afirmó luego de un enjundioso estudio del referido estándar, que es una regla inadecuada, obscura, subjetiva y que puede ser interpretada de múltiples maneras y son jueces quienes deben explicar a los jurados como es la evidencia que satisface la regla. (p. 61). Esto nos puede llevar a un escepticismo o pesimismo para dotarle de contenido, sin embargo, en la doctrina y epistemología se han hecho esfuerzos para fijar criterios que son muy dispares.

El profesor mexicano Edgar Aguilera ha señalado (Dei Vecchi, 2020b) que la obra de Laudan al reflexionar acerca de las deficiencias del estándar penal tanto en México y Estados Unidos es que son subjetivos y en su excesiva severidad. (p. 423) La subjetividad es algo que se busca minimizar, para que los juicios sean lo más objetivos posibles. Ahora respecto a la excesiva severidad, estos tienen un componente politico y moral que no pueden soslayarse

Autores como Ferrer (2021) simplemente abandonan este estándar de prueba en su formulación lingüística por ser subjetivo e impreciso (p.203), para proponer sus propias reglas. En el caso nacional se ha incluido en la Sentencia Nº 1-2017 y solo nos queda, avanzar a resolver este problema que puede ir en dos direcciones, o le damos un contenido al estándar más allá de toda duda razonable, o proponemos un listado de estándares de prueba al escoger. Nos decantamos por una tercera opción de justificar una condena con un estándar de prueba de alta probabilidad, que no nazca luego de la valoración, sino que se imbrique dentro de ella.

5. Legislación nacional y estándares de prueba

Como antecedentes históricos tenemos el Código de Enjuiciamientos Penal e 1863, nuestra primera norma procesal republicana, que establecía en el Art. 99 que la prueba es plena únicamente se deduce la responsabilidad del reo, y la semiplena cuando no niega la posibilidad que el imputado sea inocente o menos responsable de la infracción penal.

Esas reglas estaban dentro del régimen de prueba tasada y postulaban que una pluralidad de evidencias semiplenas producía una prueba plena cuando inculpando a una persona hacen inviable su inocencia. En aras del derecho a la defensa, también se señalaba que si el reo contradecía y echaba abajo alguna evidencia semiplena que con otras formaba la prueba plena, esta última quedaba destruida.

La predeterminación del valor de la prueba y que establecía que se estaba frente a una prueba plena, era aplicable a los documentos públicos

La confesión del reo solo llegaba al nivel de prueba plena si concurrían según el Art. 105 los siguientes requisitos: que fuera legalmente producida, sea sin coacción y franca, el cuerpo del delito exista y tengan un soporte de prueba semiplena distintos de la confesión, de tal forma que en conjunto puedan llegar al agrado de prueba plena.

Existía la obligación (Art. 108) de que toda sentencia debía estar motivada al condenar o absolver al reo de la acusación, de allí que si en el proceso resultaba *plenamente probada* la responsabilidad del reo se le debía condenar, de lo contrario absolver. Por último, se consideraba (Art. 110) que, si se dictaba una condena no fundada en *prueba plena*, la sentencia era nula y traía como resultado la responsabilidad funcional del juez.

La norma procesal de 1863 fue reemplazada por el Código de Procedimiento Criminal de 1920 y fijó reglas para valorar y dictar sentencia. En el Art. 268 se decía que se empleará el criterio de conciencia para valorar los eventos que traen como efecto la absolución o condenación, más el juez hará una exposición detallada de las evidencias que funden una condenar. Examinada la regla, podemos decir que aquí estaba el modelo de persuasivo o subjetivo de la pena, o de la íntima convicción propia del Common Law o del modelo francés que fue la influencia que se recibió, sin embargo, podemos advertir que el criterio de

conciencia en estricto no se sustentaba en nada sino en pruebas que debían ser valoradas al emitir la sentencia. Además, el Art. 270 decía que se necesitaban tres votos conformes de los jueces para condenar, diferente a la legislación actual que solo se requiere dos votos conformes salvo penas graves como la cadena perpetua.

La misma fórmula se ha empleado en el todavía vigente Código de Procedimientos de 1940 que establece (Art. 283) el juez apreciará con criterio de sentencia los hechos y las evidencias y que la sentencia condenatoria (Art. 285) deberá contener el juicio valorativo en que se sustenta la responsabilidad. No hay en concreto un estándar de prueba expreso, pero fuera de los errores por la falibilidad de los jueces hay un régimen de valoración y decisión basado en pruebas.

El también vigente CPP del 2004, desarrolla mayores criterios de valoración como en el Art. 393.2 que establece que el juez examinará las evidencias individualmente y luego de manera integral y las reglas del modelo racional de valoración.

Para el caso de sentencia absolutoria el Art. 398 señala como una de las pautas que se deberá motivar la misma si las evidencias no son bastantes para determinar su responsabilidad o que subsiste una duda sobre la misma. Aquí tenemos una base legal del estándares de prueba para justificar la condena introducido por la Sentencia Nº 1-2017, si hay duda se absuelve, si no la hay, se condena, lo que nos lleva también a la regla fijada en el Art. II del Título Preliminar que garantiza que a toda persona imputada se presume inocente, mientras no se haya establecido su responsabilidad por una sentencia motivada y con calidad de firme y que para llegar a esta decisión se necesita una actividad de cargo suficiente desarrollada por la Fiscalía, y que en caso de duda debe resolverse a favor del imputado. No dice duda razonable obviamente, pero nos da la base para determinar a qué clase de duda se refiere nuestra legislación procesal.

6. Legislación comparada

Países como México, Chile y Colombia lo han legislado en sus códigos procesales. El *beyond a reasonable doubt* es criticada por Nieva (2020) que

irónicamente la califica como pintoresca, y que ha sido recogida en esos términos por el Código Procesal Penal de Chile (Art. 340) el Código Nacional de Procedimientos Penales de México (Art. 359) (p.419) y también ha sido recepcionada por el Código de Procedimientos Colombiano en el Art. 7.

El Código rituario de Chile (Art. 340) dice que ninguna persona podrá sancionada por una infracción penal delito sino cuando los jueces alcancen el convencimiento de que hubo delito y el acusado es culpable, sin una duda razonable.

Frente a esto, en la doctrina procesal chilena se han hecho esfuerzos para darle contenido al estándar siendo una de ellos realizada según Accatino (2011) por el jurista chileno Alfredo Etcheberry quien dice en un sistema que requiere a los jueces fundamentar sus decisiones, la noción de duda razonable puede equipararse a la de duda razonada; así, cada vez que en una sentencia condenatoria la decisión sobre la evidencia se adopta por mayoría y si el miembro del tribunal que disiente justifica su oposición, el estándar no debería considerarse cumplido. (p. 501). Estimamos que Etcheberry sigue la lógica de decisión del jurado en el mundo anglosajón que es por unanimidad, pero en el caso peruano por ejemplo con tribunales de jueces profesionales la decisión es por mayoría simple, salvo cuando se trate de la pena de prisión perpetua donde se requiere de una decisión unánime como se prevé en el Código de Procedimientos Penales de 1940. En el CPP del 2004 sería impracticable en los juicios que son dirigidos por juez unipersonal. La misma Accatino (2011) cuestiona la propuesta de Etcheberry, ya que, aunque constituiría una garantía adicional frente al riesgo de error respecto al acusado, su implementación no soluciona los problemas de indeterminación del estándar; de hecho, este inconveniente también se manifestaría en una condena que afirme de manera unánime y razonada la ausencia de dudas. (p.502) Postura que compartimos, pues la unanimidad no garantiza que no haya error en la decisión judicial.

El Código Procesal de Colombia de 2004 (Ley Nº 906) establece en el artículo 7 del Título preliminar que para dictar sentencia de condena deberá existir creencia de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, de allí que se afirme (Bustamante, 2010) que este es una exigencia que tacitamente se

deriva de la presunción de inocencia como regla de juicio y que si hay duda debe resolverse a favor del reo. (p.89) No hay norma adicional que le dote de contenido a este estándar de prueba, similar a nuestro sistema procesal.

El Código Nacional de Procedimientos de México (Art. 359) por su parte señala que solo es posible la condena del reo si se llega a la creencia de su responsabilidad fuera de toda duda razonable y si la hay se debe absolver al imputado.

7. Fundamentos epistemológicos de la prueba

Hemos venido desarrollando en este trabajo los fundamentos epistemológicos de la prueba. La doctrina mayoritaria se adhiere a la teoría racional (Bayón, 2010) que implica adherirse a las normas o criterios epistemológicos que definen la racionalidad del juicio fáctico, y que, al considerar un hecho como demostrado, no debe vincularse a la convicción del juez, sino a la racionalidad o justificación de dicha creencia conforme a esos criterios. (p. 8) Se entiende que no estamos frente a una discrecionalidad judicial, sino a la aplicación de criterios racionales de corte epistémico.

Ha calado hondo en los estudiosos sobre la teoría de la prueba que el mejor método para desarrollar el razonamiento probatorio es el de la probabilidad lógica. Lo sostiene Bayón (2010) al decir que no existe un debate serio sobre la naturaleza inductiva del razonamiento probatorio, lo que implica que no se puede alcanzar una certeza absoluta sobre a la veracidad de una conjetura y que el resultado del juicio probatorio solo puede manifestarse en términos de probabilidad y un problema es la existencia de diversas concepciones sobre la probabilidad, su definición y su medición. (p.17). No estamos de acuerdo con que el raciocinio probatorio es inductivo exclusivamente, pues sino no cabría el uso de la deducción y la abducción, y la posibilidad de emplear en ese tortuoso camino de acercamiento a la verdad, la aplicación de la lógica dialéctica o la lógica divergente, en su expresión difusa o borrosa. Sobre esta última posibilidad de lógica desarrollada por el matemático de origen iraní Lofti Zadeh, Schum (2016) se afirma que las conclusiones alcanzadas en el razonamiento difuso o aproximado no son tan definitivas como las alcanzadas utilizando la lógica convencional y que puede cubrir un amplio rango de tareas actuales del razonamiento humano y además reconoce

que en muchas ocasiones los elementos de los argumentos inductivos pueden ser de naturaleza difusa o borrosa (p. 342) La lógica difusa es multivalente en la medida que se llega a conclusiones a partir de información ambigua o imprecisa. En una situación de verificar la temperatura del agua, tenemos que en la lógica bivalente habría dos posibilidades, frío o caliente. En la difusa las conclusiones pueden ser variadas, fría, muy fría, tibia, caliente, muy caliente.

En esta misma linea de la probabilidad inductiva Accatino (2011) dice que, las evidencias no pueden demostrar la verdad de los enunciados fácticos que representan los hechos, sino que sólo las confirman en mayor o menor grado. (p.486) Las pruebas solo pueden producir aproximaciones a la verdad que es un norte o una guía para seguir en el proceso penal.

Frente al problema de como expresar el resultado del razonamiento probatorio referido al grado de probabilidad (Bayón, 2010) se afirma que hay dos opciones, la que sostiene que se puede expresar numéricamente o la otra que afirma que no se puede, pero si es posible comparar el nivel de apoyo epistémico que tiene la hipótesis con muchas evidencias. (p.18) Consideramos que la postura de expresar matemáticamente el estándares de prueba, o de cuantificarlos a partir de las teorías de Pascal o de Bayes, es ciertamente minoritaria por las dificultades que esta acarrea, y la que tiene más fuerza es la opción de comparar el nivel de corroboración de la conjetura a partir de los elementos de prueba de allí que Bayón (2010) se incline por un juicio valorativo con la asistencia de métodos que como la inducción eliminativa o de contrastación o corroboración de hipótesis en términos de probabilidad inductiva siguiendo a Bacon y Cohen. (p. 18) La inducción aun con los cuestionamientos por filósofos como Bertrand Russell, en la medida que no permite arribar a conclusiones categóricas sino probables, ha permitido que nos acerquemos a la verdad.

González (2020) por su parte, refiere que el probabilismo matemático busca cuantificar el grado de credibilidad de una hipótesis expresada matemáticamente y que el Teorema de Bayes consiste en determinar inicialmente la probabilidad a priori asignada a la hipótesis de responsabilidad, y la aplicación de la fórmula indicará, en función del impacto de las nuevas evidencias, la probabilidad a posteriori de dicha hipótesis, encontrando como inconveniente que la probabilidad

a priori, que finalmente determina la probabilidad a posteriori, es subjetiva. (p. 92) Ya Taruffo (2008) ha señalado que pese a dar la impresión de verdad esta teoría porque se utilizan números no es posible emplear formulas complicadas para tratar la prueba en los litigios (p. 32) La aplicación de fórmulas matemáticas en el campo de la prueba es difícil pues colisiona con elementos de juicio que no pueden ser representados numéricamente, posición con la que coincidimos, y no es por la dificultad de los hombres de derecho para usar la teoría matemática sino porque esta, en si es insuficiente para describir el fenómeno probatorio.

7.1. Nivel de suficiencia

Accatino (2011) afirma que luego de la valoración debe determinarse el nivel de confirmación que las evidencias aportan a los enunciados fácticos y si es suficiente para tenerlas por probadas, en razón que el nivel de suficiencia requerido en un determinado procedimiento es la tarea propia de los estándares de prueba (p.486) Esta postura entra en un conflicto conceptual pues la suficiencia que sería una atribución del grado de prueba se dirige a todos los estándares de prueba, ya que la sospecha simple o reveladora deben tener un soporte epistémico suficiente para justificar las fases investigativas, y suficiente para que llegar a la *"sospecha suficiente"* por lo que aquí podríamos estar frente a una tautología cuando la Corte Suprema peruana dice que la sospecha suficiente es el estándares de prueba para acusar cuando hay base…suficiente.

La prueba suficiente (Aguilera, 2021) no es un elemento preestablecido o estructurado, sino un conjunto de enunciados que mantienen relaciones lógicas entre sí; es decir, un argumento que es activamente elaborado por el sujeto cognoscente y cuya conclusión se alinea con la proposición fáctica que afirma que ciertos hechos jurídicamente relevantes han ocurrido. (p. 424) Esto responde a los criterios de valoración que tienen los jueces, de allí que puede darse la paradoja que para una misma situación con las mismas pruebas un juez puede decir que se ha alcanzado el umbral, y otro juez puede decir lo contrario.

Un elemento que debe considerarse cuando hacemos la atribución de prueba suficiente es el contexto. Calderón (2021) al respecto lo ejemplifica señalando que el agua en un vaso sea suficiente para saciar la sede no es una

condición del agua sino una característica periférica al objeto como es su cantidad y que forma parte del contexto, asi como la cantidad de sede del sujeto. (p. 154)

En la medida que lo *suficiente* es contextual, en esa idea de progresividad del proceso penal, su grado será exigible en su mínimo teniendo como marco de referencia la etapa procesal en la que se encuentra un caso determinado.

Muñoz (2020) afirma que la hipótesis de la acusación apoyada en una fuerte pluralidad de confirmaciones probatorias deberá aceptarse como verdadera si y, solo si, no existe en el material probatorio disponible ninguna posibilidad de concebir alguna hipótesis alternativa razonable, que sea concurrente con la no culpabilidad inocencia del imputado y que la hipótesis alternativa justificativa de la duda debe derivarse exclusivamente de las probanzas obtenidas en el juicio (p. 207) en este raciocinio para fijar un estándares de prueba, podemos apreciar que la hipótesis de la fiscalía debe tener una pluralidad de pruebas que la confirmen, por lo que el criterio de cantidad de pruebas está presente, dando por descontado que cumplen además el criterio de calidad para ser aceptadas como justificación epistémica. Esto ligado a que no haya prueba de alguna conjetura que sostenga que el acusado es inocente y que no haya una hipótesis alternativa que genere duda a partir de la información debatida en juicio. Lo que en resumen se dice aquí, es que las pruebas deben confirmar la hipótesis de la acusación, y no puede existir ninguna alternativa a favor del imputado.

Dei Vecchi (2022) sostiene que el juicio de suficiencia depende del contexto de acción y que los estándares están diseñados para en decisiones judiciales, donde se condena o absuelve y si se intenta obligar a la judicatura a utilizar de manera secundaria los términos valorativos incluidos en los estándares, se les estará exigiendo investigar los juicios de valor de la comunidad sobre acciones que son competencia exclusiva de la judicatura. (pp. 367 -368) Aquí Dei Vecchi encuentra una contradicción porque los jueces tendrían que identificar los juicios de valor de la sociedad, respecto a criterios que solo pueden ser formulados por los jueces. Los jueces deben tomar decisiones tomando en cuenta como un elemento que no sea distorsivo de la valoración de la prueba, el pulso de la comunidad, lo que de alguna manera se puede apreciar a través de encuestas, que son aproximaciones, aunque dependiendo de los momentos de crisis social

> o de seguridad, se pueden expresar las fuerzas tanáticas de la sociedad, solo veamos cuando hay actos execrables como violación de menores, o feminicidios, la gran mayoría está por la pena de muerte.

En tanto no es posible cuantificar el grado de suficiencia (Dei Vecchi, 2020b) La epistemología ofrece criterios para discernir la superioridad entre diversas conjeturas concurrentes, utilizando un enfoque comparativo u ordinal; no obstante, no es la disciplina apta para establecer el estándar de suficiencia que debe guiar la decisión y la acción. (p. 401) Los límites de la epistemología se dan porque intervienen otros factores de carácter valuativo como la moral o la política que trascienden la verdad por correspondencia

8. Aspectos problemáticos en la construcción de los estándares de prueba

La crítica en la formulación de los estándares está dirigida a la inclinación subjetiva del decisor que según Calderón (2023) el análisis y la determinación de lo que es suficiente para considerar un hecho como acreditado se basan en la confianza o creencia personal interna relacionada con la hipótesis fáctica. (p. 146) Si no hay soporte epistémico y la creencia se origina en la intuición del juez, en sus corazonadas, es claro que estamos frente a un razonamiento que entra en contradicción con lo racional.

La aspiración y parte de la propuesta teórica de Ferrer y otros autores como Laudan o Allen es construir estándares objetivos y Calderón (2023) dice que la fijación de que es suficiente para considerar un hecho como demostrado reviste complejidad y el sujeto que decide en un caso específico solo tiene que confirmar el cumplimiento de las condiciones o supuestos neutrales que ese estándar presupuesto como condición necesaria y suficiente para la prueba del hecho enunciado. (p. 147) Esta descripción del camino que debe seguir el juez para probar una hipótesis se sustenta en estándar de prueba objetivo, y que la selección de pruebas debe ser ajena a una dimensión intima del decisor, es decir una suerte de juez robotizado, programado para considerar que es lo objetivo, sin intervención de su intelecto. Consideramos que esta minusvalía de la capacidad intelectiva del juez, que pretende esta concepción, es caer en una suerte de empirismo ingenuo.

Accatino (2011) cuestionando la forma como deciden los jueces chilenos denuncia el hecho de que el estándar se agota en la afirmación de la existencia de convicción por parte del juez, sin una justificación racional de cómo se llega al umbral. (p. 497) La incorporación de la fórmula sin mucho fundamento por el legislador chileno ha planteado la necesidad que la doctrina pueda reflexionar sobre este déficit en la definición del ese estándar de prueba y este mismo problema está presente en el proceso penal peruano.

Este problema también lo advierte Muñoz (2020) pues en Colombia hay una falta de explicación del significado del estándares de prueba por lo que es necesario, para suplir esa necesidad de justificación racional asumir una nueva interpretación del BARD-o un estándar diferente, según las posibilidades legislativas- a partir de criterios epistemológicos que sean intersubjetivamente controlables y que garanticen una efectiva y verdadera motivación racional de la prueba (p. 205) Si este estándar de prueba que proviene en su versión moderna del Common Law estuviese claro en su mismo sistema, Laudan no habría señalado que es una definición ambigua y poco clara. Estamos pagando el precio de haber ingresado sin una reflexión previa al adoptar este estándar de prueba.

Para Calderón (2023) un estándar intersubjetivamente controlable es todo aquel que tenga reglas comprobación, aunque dejan que en la motivación haya un espacio de discrecionalidad. (147) El control de los estándares de prueba en principio parte de una suerte de auto control del juez valorando objetivamente las pruebas expresándolas en su motivación, y también en recurso de apelación los jueces pueden hacer la revisión del razonamiento probatorio. La preocupación, y se entiende, es si la justificación no se apoya en pruebas, o en defectuosa valoración de la prueba donde se ha trasladado las creencias del juzgador por encima de lo que representa la prueba

Un problema de las normas que establecen cuanto de prueba es suficiente para poder justificar epistémicamente una hipótesis es el de la vaguedad que no es posible (Aguilera, 2021) erradicar y que si es posible aspirar atenuar ese problema y que se logra cuando se transita por los clásicos estándares a los propuestos por Larry Laudan y Jordi Ferrer (p. 426) Es de reconocer la virtud de Laudan y Ferrer de fijar criterios objetivos para formular

los estándares de prueba, y que puedan dar contenido al estándar penal para justificar una condena, pero el problema es que nuevamente recalan en la vaguedad, que en todo caso es la característica de los estándares.

González (2020) dice que nuestros ordenamientos jurídicos suelen remitir a criterios valorativos racionales, pero sin definir claramente estos conceptos que de por si tiene una fuerte carga difusa. (p. 79) Esta objeción tiene sentido pues estas reglas de apreciación probatoria son imprecisas por lo que es nuestra pretensión en la investigación es desarrollar criterios más precisos que nos saquen de esa vaguedad.

Para Accatino (2011) una estrategia para resolver la problemática de los estándares es el de no precisar qué es lo que requieren, en abandonar la difícil búsqueda de reglas precisas de suficiencia que determinen su contenido, para enfocarnos en una distribución del riesgo de error, que reduzca principalmente condenas penales erróneas (p. 502) En realidad la aspiración del proceso en general es que se llegue a la verdad de tal forma que la consecuencia de ella sea la expedición de una sentencia sea de condena o de absolución justa. Por eso si bien teleológicamente el estándar debe ser capaz de distribuir el error, y asi se ha establecido en la jurisprudencia norteamericana (In Re Winship) sin embargo la verificación de cuál es la ratio de error sigue sin tener sustento en investigaciones de campo o empíricas, y que en el caso peruano existe una forma para remediarlo como es la acción de revisión, cuando hay condenas por lo menos. Evitar el error será la consecuencia de una correcta apreciación de la prueba que permitirá que se dicten sentencias sólidamente argumentadas. Este es el único camino seguro. El resto es pura especulación.

9. Función de los Estándares de Prueba

Sobre este tema hay diversas posturas, como que la finalidad es distribuir el error, alcanzar la verdad más aproximada, garantizar la presunción de inocencia.

Para Bayón (2010) la función principal de un estándar es asignar o distribuir el riesgo del error en la fijación de los sucesos y que el enfoque racionalista del juicio valorativo de los hechos esa función en un primer plano . (p. 17) La idea de distribución del error, de evitar, ya venía expresándose en la jurisprudencia del Common Law, y que gracias al aporte de la epistemología juridica se ha ido

intentado precisar sin mucho éxito, el resultado demostrable de esa distribución, por lo que esto al final queda como una aspiración a conseguir por los tribunales, minimizar el error hasta donde sea humanamente posible.

La distribución del error por medio de un estándar (Dei Vecchi, 2020b) consiste en fijar un umbral suficiente que limite los errores judiciales gen una cantidad que sea compatible com la de moralidad política. (p. 400) y esa moralidad política se refiere a cuál es el grado de error que se puede aceptar, como las condenas falsas o las absoluciones falsas, y entre estas cual debe ser el error preferente, que se condene a inocentes o que se absuelva a culpables. La aspiración histórica ha sido que se condene a menos inocentes aun cuando pueda absolverse a culpables. Es decir que haya menos condenas falsas que absoluciones falsas.

¿Es posible calcular si los estándares son eficaces para distribuir el error? González (2020) dice que si el objetivo del estándar establecer una ratio entre el número de condenas erróneas y el de absoluciones falsas, es deseable contar con una regla para saber que el estándar produce el efecto deseado y que una vez valoradas las evidencias y que la hipótesis H es la mejor corroborada de forma suficiente, no hay otra manera de establecer si H es verdadera o no. (p. 96) El probar la hipótesis con un fuerte soporte epistémico nos hace suponer que no se ha cometido un error, pues si llegásemos a la creencia que hay esta posibilidad entonces estamos en la incertidumbre, y si persistimos dando por probada una hipótesis entonces sí hay una alta probabilidad de error, pero el asunto es que no se puede arribar a comprobar si esa aspiración de evitar el error y distribuirlo como se pretende con el estándares de prueba no es posible, por falta de información empírica.

Esta era una preocupación persistente de Laudan (Dei Vecchi, 2020b) pues había información empírica sobre la *ratio* de error como consecuencia del juicio valorativo. (p. 406) Como llegar a realizar esa medición, pues tendría que revisarse todas las decisiones, las valoraciones de los jueces, lo que es imposible. Incluso para efectos de investigación empírica programas como Innocence Project[31] pueden ir en ese

[31] Tienen como finalidad que se exonere a condenados a partir de pruebas científicas como de ADN

sentido, pero solo poniendo énfasis en las condenas falsas, mientras que las absoluciones falsas no tienen la posibilidad de revisión por lo menos legalmente en el caso peruano.

9.1. Factor social o moral para distribuir riesgo de error

Cuál es la decisión que se debe tomar para la distribución del error, pues esa es una complicación para resolver. Adoptada la regla de repartición del error que es aceptable en un proceso (Bayón, 2010), y el exigir niveles altos o bajos probabilidad de que una hipótesis sea verdadera traerá como efecto diferentes ratios de positivos y negativos falsos por lo que la sugerencia es calcular el nivel de probabilidad exigible para la repartición deseada. (p. 20) Cuál es la ratio justificada entre falsas condenas y absoluciones: ¿1:10, 2:10? No es posible en estricto precisar, pues decir que preferimos que haya una condena falsa (un inocente condenado) por diez absoluciones falsas (10 culpables absueltos o 20) solo provienen de un deseo de evitar errores, pero cuando se sostiene que Blackstone, Franklin, Voltaire o Hale (Laudan, 2013, p. 103) decían que preferían culpables libres que un inocente condenado, era solo una aspiración sin mayor sustento, de allí que afirmar la necesidad de fijar una ratio realmente es poco factible, aparte que no hay forma de medir el error empíricamente. Asi como que la verdad es un norte que hay que alcanzar o aproximarnos con el proceso, otro debe ser el de evitar el error como consecuencia de la adquisición institucional de la verdad. Estimamos que a sabiendas que existe esa posibilidad del error el sistema jurídico provee las herramientas normativas para poder salir de ellas como el recurso de revisión o con las acciones constitucionales como el habeas corpus o la acción de amparo.

Esa decisión social que puede tener una base irracional es la que le pone un argumento adicional a los que consideran que no es posible estándares estrictamente objetivos y controlables intersubjetivamente, dentro de los que nos incluimos.

Bayón (2010) afirma que son morales las decisiones sobre la repartición del riesgo del error y el problema es quién debe tomarlas, el legislador o los jueces quienes harán sus interpretaciones de estándares convertidos en reglas sobre de cuándo es aceptable una declaración de referencia contra el imputado, o condenar

sólo con la declaración de la agraviada o del testimonio de un coimputado. (p. 26) Es decir que la decisión de dar por probada la hipótesis se origina del juicio valorativo y no de un estándar formulado anticipadamente. Es asi como ha funcionado la decisión jurisdiccional, haciendo esfuerzos para demostrar hipótesis a partir del resultado probatorio, en los que pese al esfuerzo que haya una fuerte justificación probatoria, cuando apreciamos la prueba incluimos factores que trascienden la mera y llana objetividad.

10. ¿Se puede construir un estándar de prueba objetivo?

Los estándares con pretensión de objetividad son criticados por Dei Vecchi (2022) que los considera un mito que se debe derribar, de tal forma que se pueda gestionar de manera realista y que lo que se propongan sean mecanismos útiles dentro de sus posibilidades (p. 406) Esta es una apreciación que tiene mucho de escepticismo o de duda respecto a si es posible que se formulen reglas de estándares de prueba que tengan el atributo de objetividad, que reflejen adecuadamente la realidad, que haya correspondencia con lo externo al sujeto.

Respecto a las tesis de Ferrer que si considera que se puede construir estándares de prueba objetivos, Calderón (2023) afirma que la pretensión que busca prescindir de la expresión humana de los fallos judiciales no es posible y considera que sin negar dicho carácter, se pueden construir estándares controlables con un modelo diferente, que reúna los aspectos inevitables de la acción decisional. (p. 149) Se refiere a los aspectos valorativos y subjetivos que ingresan fatalmente en los estándares de prueba y que bajo el prisma de la probabilidad inductiva nos permitan arribar a una certeza aproximativa.

Se admite en la doctrina que si bien aunque se pueda depurar de subjetividad (González, 2020) no es posible que sean precisos como para construirlos de forma seque supere su indeterminación y que la vía hacia estándares exactos parece cercada.(p. 96) Esta postura escéptica va de la mano con la de Dei Vecchi, y esa es una conclusión preliminar a la que arribamos, que no es posible estándares de prueba objetivos, y que si bien es una aspiración, hay factores epistémicos que deben ser tomados en cuenta para su construcción, pero que siempre habrá una dosis de subjetividad en el decisor.

En este tema de objetividad y subjetividad de los estándares se han generado debates en la doctrina, siempre con la aspiración de alcanzar un resultado probatorio verdadero. Dei Vecchi (2022) refiere que en un artículo de Edgar Aguilera (2021) lo ubica como un combatiente a la postura acerca de los estándares que este comparte con Ferrer, pero estima que Aguilera enfatiza: (i) que las proposiciones probatorias en la decisión del juez tienen inevitablemente un carácter evaluativo, y (ii) que la postura de Dei Vecchi sobre la objetividad de los estándares es fuertemente cándida. Dei Vecchi señala que Aguilera entiende que el tipo de objetividad que le atribuye no se condice con la que realmente defienden y es que la objetividad que se busca está representada por fórmulas de estándares que provean reglas controlables por los operadores jurídicos en la justificación de premisas fácticas. (pp. 360-370) El debate de la posibilidad de construir estándares de objetivos, que se da entre Dei Vecchi y Aguilera permite establecer que hay un escepticismo para llegar a esa objetividad, más pronunciada en Dei Vecchi, sin embargo, el punto en el que coinciden es que en los estándares de prueba hay aspectos evaluativos que trascienden, que serían meta epistémicos y que no pueden ser medidos por el binomio falsedad o veracidad y que pueden ser la política o la moral.

La intención de determinar estándares vía norma jurídica o la jurisprudencia (Aguilera, 2021) no anula el rasgo evaluativo de las proposiciones probatorias que en su acreditación finaliza la aplicación de aquéllos. (p. 425) Es decir que se admite que los estándares de prueba tienen elementos valorativos que trascienden el ámbito epistémico y que nos encarrilan en lo subjetivo.

La determinación de en qué momento es suficiente la prueba para dar por acreditada la hipótesis, es decir cuando se traspasa el umbral o valla, para probar la hipótesis es el gran problema de los estándares de prueba. Dei Vecchi (2020b) proponen dos enfoques, siendo el primero el investigar la relación entre las distribuciones de errores de forma ética, junto con evaluaciones probatorias que estén basadas en consideraciones gnoseológicas y que estén justificadas. EL segundo enfoque es que se requiera a los jueces que justifiquen de manera rigurosa su conocimiento y las razones prácticas que hacen que esas justificaciones sean adecuadas. (p. 423) Estas tesis continúan en la línea de la vaguedad pues siguen siendo reglas generales, de las que no cabe inferir sí se

alcanzó el umbral para dar por verificada una conjetura, ni cual es el grado de determinación para arribar a resultados probatorios satisfactorios. La exploración de los riesgos de errores es una pretensión de investigación empírica que a la larga no nos dice nada, aunque podemos salvar el segundo camino, en la medida que la indeterminación o la imposibilidad de cuantificar el grado de suficiencia, solo nos permite confiar en la probabilidad lógica empleada por los decisores a partir de la justificación explícita y clara de la valoración probatoria que permita dar por verificadas las hipótesis.

Siendo uno de los críticos más severos de los estándares de prueba, Nieva (2020) refiere que el juez, para resolver debe estar convencido con la información disponible en cada instante y que pretender cuantificar el grado de convicción es llanamente que no es posible y es subjetivo como las intenciones de dotar de objetividad al contenido de cada estándar y que ese deseo caen en la subjetividad por tener elementos evaluativos difíciles de justificar. (p. 414) Si ya desde los enunciados descriptivos es complicada la enunciación de estándares objetivos, se cae indefectiblemente en la subjetividad cuando hay elementos valorativos o no epistémicos en su determinación, ese factor moral o político, o esa voluntad de la sociedad para sancionar comportamientos o infracciones graves de bienes jurídicos.

Dei Vecchi (2022) defiende frente a las tesis de “Prueba sin Convicción” de Ferrer la postura que la conclusión «Está probado que *p*» trae un juicio valorativo del decisor, con o sin estándares como las alternativas de ese trabajo por lo que «Está probado que *p»* no debe ser acto de habla meramente descriptivo. (p. 363) Aquí rechaza la pretendida objetividad de los estándares de prueba, y que el nacimiento de la parte subjetiva es cuando se hace el juicio valuativo de la evidencia, y pese a los esfuerzos de objetividad y del uso de criterios racionales también se tiñen de apreciaciones que pueden trascender la objetividad.

Dei Vecchi (2020b) afirma que la determinación de la regla de suficiencia necesitará una reflexión de conformidad que debe establecer que el umbral es política o moralmente apropiado para decidir y para la asunción de responsabilidad si la hipótesis es falsa. (p. 401) El factor moral o político definitivamente entra en la selección de un estándares de prueba, entonces como puede ser este objetivo, de ninguna forma y se va alejando de la objetividad cuando más autoritario es el poder que lo selecciona, y un ejemplo es el de el Salvador, en la que la necesidad de

combatir la criminalidad viene aparejada una dosis de disminución de derechos, o en el caso peruano donde por el alto índice de la delincuencia se ha dispuesto Estado de Emergencia que deja sin efecto algunos derechos constitucionales, en aras de la protección de la gente. Es obvio que el sistema democrático no puede ser débil al defender la seguridad de los ciudadanos, pero aun en estas situaciones se deben respetar las garantías mínimas pues sino nos estaremos deslizando en un régimen autoritario.

11. Edgar Aguilera Vs Daniel González Lagier

Aguilera (2021) critica la postura de González que dice que la construcción y aplicación de estándares no es posible, sino que la comparación y ordenación de hipótesis como resultado de la valoración probatoria se reduce casi hasta desaparecer, pudiéndose aplicar en casos muy poco frecuentes. (p. 431) Creemos que en está en discusión si es posible edificar estándares de y que estos se elaboren de forma objetiva. Gonzales tiene una postura escéptica y hay la idea que el acercamiento a la verdad es a partir de grados, pero la dificultad es como llegar a fijar esos grados, sin caer en pura especulación llegando a conclusiones vacías.

En la línea crítica a Gonzales (Aguilera, 2021) se sostiene que su escepticismo sobre la posibilidad de edificar estándares objetivos se excede y lo encamina a casi negar la posibilidad misma de valorar racionalmente las evidencias lo cual resulta es contradictorio con la adhesión a la concepción racional. (p. 431) Sobre este aspecto, estimamos que el adherirse al racionalismo probatorio, no necesariamente nos acerca infaliblemente a la verdad. La idea de probabilidad inductiva a la que se adscriben ellos pone pues en cuestión la posibilidad de conocimiento sobre la realidad.

Pardo citado por Aguilera (2021) dice hay posturas que dicen que para atribuir correctamente conocimiento a las personas, sus creencias deben estar protegidas del error y guarda relación con el esfuerzo mental que la persona haya hecho para descartar otras posibilidades en las que la creencia que se evalúa sería falsa. (p. 433) La necesidad de evitar el error obliga al juez a mejorar su sistema cognitivo, y los criterios para poder alcanzar la verdad que corresponda a las proposiciones planteadas por las partes, de allí se entiende la regla que los jueces

tienen que realizar un esfuerzo por alcanzar la verdad máxime si tienen en sus manos jurídicos bienes jurídicos sensibles del acusado como su libertad o su patrimonio.

12. Valoraciones Sociales en los estándares de prueba

Dei Vecchi, (2022) respecto del factor moral o político, piensa que es muy poco probable que existan acuerdos entre la comunidad sobre hasta qué punto ciertas conjeturas deben ser vistas como refutadas o corroboradas, o sobre cuántas predicciones se deben comprobar en relación con ciertas hipótesis, y cuándo esa comprobación es bastante. (p. 367) Y que si bien la moral y la política son reconocidas por Laudan y Ferrer como factores para la fijación de los estándares de prueba, no existen formas para poder medirlos, y en todo caso asi como aceptamos que el contrato social es el fundamento para la legitimidad del poder gubernamental, es este el representante de esa aceptación al traducir la voluntad ciudadana en leyes. En otras palabras, la fijación de los estándares de prueba en primer orden le corresponde al legislador, traducido en leyes, y en segundo también esta labor puede hacerse en el poder judicial.

Esta aceptación se puede circunscribir al ámbito de una comunidad científica (Dei Vecchi, 2022) en las que se discute cuánto se necesita para justificar que una persona puede afirmar que sabe que *p*, o qué nivel de justificación se requiere para considerar que *p* está probado, o qué grado de justificación es necesario para hacer otra cosa. Estos debates suelen ser desacuerdos sobre qué se considera una justificación epistémica suficiente. (p. 367) Es menos complejo medir la aceptación de una comunidad científica que es más reducida, como la especialidad, pensemos el área de genética o biología donde es posible discutir el nivel de justificación epistémica de las teorías científicas con mayor precisión que las aceptaciones sociales, en los que influyen un conjunto de factores que incluso pueden ser de base emotiva más que racional. La ventaja en el campo de la ciencia es que estas solo se reconocen a partir de la verificación de sus teorías o de la falsación de estirpe popperiana.

Bayón (2010) plantea la necesidad que los filósofos del derecho estudien la evidencia desde la moral y la política y no sólo desde la teoría del conocimiento. (p. 27) Esta postura también compartimos pues si bien se ha hecho el esfuerzo de

explicar el uso de herramientas epistémicas para formular estándares de prueba, empleando la probabilidad inductiva, hacia una verdad aproximada pero ese factor moral, que establece donde debe estar el umbral es donde aún no existen diversos criterios para determinarlo. Siendo un campo valorativo la tesis que planteamos es que por lo menos un criterio de limitación son los derechos humanos, o lo que algunos han señalado como el debido proceso legal en su expresión material.

13. Estándar de prueba de la defensa

¿Se le puede pedir a la defensa cuando plantea una hipótesis de refutación algún nivel de estándares de prueba como se le exige a la acusación? González (2020) sostiene que para contradecir y desaparecer una hipótesis hay que demostrar un evento incompatible con la conjetura, pero tampoco se tendrá certeza absoluta sobre él. (p. 95) Si a la fiscalía se le exige que pruebe fuera de toda duda la culpabilidad del acusado, a este no se le puede exigir que pruebe su inocencia, no es su obligación, sin perjuicio que pueda contradecir proponiendo una hipótesis alternativa, por lo que en ese caso por onus probandum debe probarla. Bastaría que con la prueba pueda provocar duda en los jueces que no tendrían que hacer otra cosa más que absolver, por lo que no se puede pedir que pruebe con el estándar de la fiscalía.

Si, ejerciendo su derecho, la defensa presenta una hipótesis de refutación, el estándar (Muñoz 2020) para darla por probada no tiene que ser el mismo que se le exige a la acusación y que en la jurisprudencia colombiana se ha sostenido que la hipótesis debe ser plausible, que tenga soporte probatorio y que si la defensa demuestra la explicación alterna, y no es eliminada o refutada se debe aplicar el principio que la duda le favorece como regla de juicio y absolver al acusado. (p. 208) La necesidad de infirmar la hipótesis de la defensa hasta desaparecerla es una condición para la condena, pero no es suficiente pues también se debe confirmar la hipótesis de cargo. Si subsisten hipótesis contrarias con pruebas, la conclusión debe ser la absolución del reo.

González (2020) es más claro respecto de que la hipótesis contraria requiere un estándar de prueba. Dice que cuando la hipótesis H1 ha sido refutada, lo que

realmente se está diciendo es que H1 no es la más probable. En su lugar, parece más probable la hipótesis H2, que afirma que hay un hecho que no concuerda con H1. (p. 95) En este caso vemos que la confirmación de las hipótesis no llega a una certeza absoluta sino a una probabilidad lógica o inductiva, suficiente para poner en entredicho la hipótesis principal.

Aplicando la probabilidad inductiva (Muñoz, 2020) tenemos que, si dos hipótesis en competencia tienen un determinado grado de confirmación probatoria, basta con que la hipótesis de la inocencia sobreviva porque no ha sido eliminada o refutada mediante una predicción comprobada compatible con la hipótesis contraria e incompatible con ella misma (p. 208) La única solución jurídica en este caso sigue siendo la absolución, pues si ambas sobreviven dependerán del peso probatorio que tengan, aunque el camino inexorable es la absolución.

González (2020) afirma que la contradicción también es una comparación entre diferentes conjeturas, es un proceso gradual y necesita un estándar. Para refutar las hipótesis que sostienen la inocencia, se debe demostrar que la de culpabilidad es más creíble. Por lo tanto, se podría pensar que refutar las hipótesis que justifican la inocencia es confirmar la hipótesis que sostiene la culpabilidad. (p.95) Creemos que este último razonamiento es mecanicista, pues puede darse que la hipótesis de refutación no se confirme y puede tener este mismo destino la hipótesis condenatoria. No hay en estricto una relación proporcional inversa porque podría darse la situación que ninguna hipótesis sea probada, ni la de cargo ni la de descargo. La defensa puede presentar una hipótesis disparatada pero su no corroboración no trae como efecto automático que se dé por probada la hipótesis de la fiscalía.

En la Sentencia Nº 1-2017 y en el Acuerdo Plenario Nº 1-2019 que versa acerca de la prisión preventiva se han abordado los estándares a los que debe arribar la fiscalía en el ámbito de su propia investigación. En el caso de la privación de libertad preventiva se ha establecido un estándar de prueba de probabilidad preponderante o sospecha suficiente cuando se trata de evaluar la prognosis de pena y también para establecer el peligrosismo procesal como exigencia a el Ministerio Público, por lo que es razonable que el estándar de prueba de la defensa

en la lógica de generar incertidumbre le pueda favorecer para evitar que se le afecte los derechos que la fiscalía pretende con autorización judicial.

14. Relación entre la valoración de la prueba y el estándar

14.1. Diferencias entre criterios de valoración y de estándar de prueba

Hay una postura general que primero hay que valorar y demostrar la hipótesis, y luego se debe establecer si se cumple con el umbral del estándar, de allí que González (2020) sostenga que las reglas de valoración y los del estándar tienen objetos y fines diferentes ya que en la valoración se examina la inferencia para establecer su nivel de corroboración o justificación y con el estándar no valora nuevamente sino el grado de justificación para adaoptar una decisión. (p. 87) Esto es lo que no queda muy claro, la frontera no es nítida, primero probamos, pero luego concluimos que no es suficiente. En la idea de verdad aproximada debe entenderse que manejamos varias escalas de aproximación o de certezas aproximativas y debemos de reconocer que hay definitivamente un escenario de vaguedad.

Si estamos ante verdad aproximada según González (2020) se justifica que no se necesite solo un estándar de prueba único, sino varios según el tipo de decisión, pero las reglas valorativas son iguales para todo tipo de casos, sin perjuicio que algunas reglas puedan ser de singular relevancia o rasgos de algunos de hechos específicos. (p. 87) Aquí se sostiene que las reglas de valoración son únicas para todos los casos, lo que puede ser diferente son los criterios para formular estándares de prueba.

Dei Vecchi (2020b) considera que hay una interdependencia entre valoración y el estándar y que este último fijase el límite de suficiencia acudiendo a factores distintos respecto de los que el modelo de valoración considera relevante entonces este habría sido dejado de lado. (p. 402) Este planteamiento también lo sostenemos coincidiendo en parte porque Dei Vecchi no se anima a decirlo con la claridad necesaria, no dice cuáles criterios son comunes a la valoración o al estándar de prueba y es algo que estamos en condiciones de plantear. Hacer una distinción tajante como hace Ferrer de primero valorar y luego decir si se ha llegado a la suficiencia es algo que no tiene mucho de lógico. En la separación de Ferrer parece decir ya valoré, ya concluí que los hechos están probados y ahora

lo pasaremos por el filtro de los estándares de prueba, es decir si hemos traspasado el umbral. Creo que es implícito en la valoración que tengo como objetivo probar una hipótesis, y que el grado de confirmación no debe estar fuera de los criterios de valoración sino dentro de este. Lo decimos en claro, si una hipótesis se prueba con un testigo de referencia lo que podremos concluir que no está lo suficientemente confirmada, es decir no está probada por lo que debe ser descartada, pero la regla de suficiencia nace del criterio valorativo, no fuera de ella sino desde lo epistémico. Si queremos dar por probada suficientemente una hipótesis entonces debemos considerar que los datos disponibles permiten inferir que la hipótesis es plausible, es sólida, es aceptable, es suficiente. Llegamos a esto a partir de la fuerza de la prueba, de su valoración, desde dentro.

15. Análisis crítico de las propuestas de estándares de prueba en la doctrina

15.1. Propuesta de Daniela Accatino

Para Accatino (2011) ha ganado fuerza la idea de que deben evitarse las explicaciones sofisticadas de los estándares de prueba y que basta su pura mención (p. 502) Esto va en contra de las propuestas de Jordi Ferrer con sus siete alternativas de estándares de prueba que requieren explicación de su contenido. En esto nos encontramos de acuerdo con Accatino que los estándares de prueba deben ser sencillos. Aplicar la navaja de Ockham que, entre varias explicaciones posibles, la más simple suele ser la correcta. De allí que fijar reglas enrevesadas lo que hace es distorsionar o enrarecer el razonamiento probatorio. La protección del acusado contra el error es el uso correcto del modelo racional, poniendo énfasis en evitar emplear simplistamente reglas del sentido común que muchas veces son generalizaciones falsas o espurias, o lógica mal aplicada.

Hay otros mecanismos para darle protección a un imputado, para evitar una condena falsa. Accatino (2011) señala que esas formas de protección del acusado son reglas que limitan la aceptación del testimonio referencial y otras que generen un prejuicio en el decisor, o ponen una condición a la declaración del coimputado que debe estar confirmada. (p. 502) Las objeciones al testigo de oídas es por ser una información de segunda mano, y si no hay testigo fuente, por la imposibilidad de poder contradecir a este. Ahora si bien en nuestra legislación no se admite la declaración de oídas si no se señala la fuente, consideramos que sin perjuicio de

ello, si hay otras pruebas periféricas que puedan corroborar las informaciones del testigo de oídas, no es válido que se descarte su testimonio. En la misma línea de la confirmación de las informaciones que brinda un coimputado, por el interés que tiene en el proceso, se requiere que su versión tenga soporte empírico suficiente.

Evitar subjetivismo es una idea central en el caso de formular estándares de prueba. Lo otro que hay considerar es la necesidad de evitar introducir en el razonamiento probatorio aspectos subjetivos. Accatino (2011) recomienda evitar la interpretación subjetivista, y respecto del juez supone que este atienda a la calidad de evidencia que se dispone y lo que importa no es que la duda en el fuero interno del magistrado, sino que la duda tenga su origen en las pruebas. (p. 504) La duda que se debe tener seriamente en cuenta no es la que surge de la mera subjetividad o ánimo del juez, sino de que fluya desde un conjunto de pruebas actuadas, y valoradas, y que nos remitan a la posibilidad que subsistan varias hipótesis incompatibles, y que se mantenga la incertidumbre.

Luego de meditar sobre la aplicabilidad del estándar de prueba Accatino (2011) propone modificar el Art. 340 del CPP de Chile con la pretensión que sea más sencilla su aplicacion proponiendo que ninguna persona será condenada si las evidencias presentes justifican una duda sobre el evento delictivo, y si el acusado realmente ha participado culpablemente debe ser sancionado. (p. 505)

Esa regla también la establece el Art. II del Título Preliminar del CPP por la que toda persona acusada de un delito debe ser condenada si se ha realizado bastante actividad probatoria de cargo, admitida y actuada en el marco del debido proceso y que en caso de incertidumbre, se debe inclinar la balanza a favor del imputado, pues primará el evitar una condena falsa. La propuesta de Accatino, si bien estamos de acuerdo con la necesidad de la simplicidad estimamos que no nos dice mucho respecto de los criterios necesarios para arribar a la declaración de que no se puede condenar si hay duda, pues estaríamos ante una suerte de verdad de Perogrullo.

En esta línea de absolución por duda, en tanto esta debe sustentarse en previa valoración probatoria, y concluir que la imputación no esta lo bastante probada para condenar, Accatino (2011) afirma que los problemas de las evidencias sobre una cierta afirmación relacionada con los hechos del caso

generan dudas y hacen que no se puedan considerar probadas bajo el estándar penal, ya que no logran eliminar o contradecir alguna aseveración alternativa que sea compatible con la inocencia del acusado. (p. 504) Tenemos una situación en las que se mantienen dos hipótesis con justificaciones epistémicas distintas y contradictorias entre ellas, y no es posible de optar por alguna de ellas, por lo que manteniéndose la duda, la consecuencia lógica es la absolución del acusado.

15.2. La propuesta de estándares de prueba de Manuel Calderón

El lenguaje como representación de la cosa en el sentido aristotélico, y lo decimos en sentido amplio, no solo puede representar la realidad sino también ficciones. En el ámbito conceptual Calderón (2023) Distingue entre los conceptos descriptivos, que se relacionan con características de objetos o eventos y requieren un reconocimiento por parte de los usuarios, y los conceptos imputativos, que dependen de características que los usuarios atribuyen, basándose en circunstancias externas al objeto o evento. (p. 154) Podemos ver que los conceptos descriptivos representan la realidad mientras que los imputativos son calificaciones o valoraciones que se otorgan a circunstancias periféricas del objeto en el mundo.

El juez al percibir (Calderón, 2023) Un objeto concreto tiene características que lo describen y se relaciona con un concepto. Esto se llama subsunción conceptual descriptiva. Cuando se identifica ese objeto dentro de un concepto, pero de manera discrecional y basándose en características contextuales, se llama subsunción conceptual imputativa. (p. 156) La aprehensión conceptual de la realidad tienen un trasfondo epistémico, de encuadrarla dentro de categorías, de representar un objeto, esto es que lo describe como es, y cuando está dentro de un contexto, un marco, le denomina imputativa puesto que son trascendentes al objeto, no son parte de él, sino que lo rodean.

Se afirma que la actividad de subsunción descriptiva y la imputativa (Calderón, 2023) está influenciada por decisiones relacionadas con conceptos de atribución o imputación. En este proceso, es más fácil entender el contenido de las decisiones, ya que el sujeto no solo identifica características y las coloca en categorías conceptuales, sino que también les asigna valor a estas categorías. La imputación en la lógica de Calderón implica valoración, que puede trascender el encuadramiento de la realidad en conceptos descriptivos, lo que nos lleva a

considerar que en el caso del juicio valorativo podemos descarrilarnos en el subjetivismo o la irracionalidad.

Calderón (2023) examina cómo están planteados los estándares de prueba que sugiere Ferrer Beltrán. Usa como ejemplo el estándar de prueba que Ferrer (2021, p. 209) llama estándares de prueba y lo describe de esta manera:

> Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:
>
> a) La hipótesis debe poder explicar los datos que hay y unirlos de manera lógica. Además, las predicciones de nuevos datos que se puedan hacer a partir de la hipótesis deben haber sido confirmadas y presentadas como evidencias en el proceso.
>
> b) Todas las otras hipótesis que puedan explicar los mismos datos y que sean compatibles con la inocencia del acusado deben ser refutadas. Esto incluye las hipótesis que son más favorables para él, pero no las ad hoc.

Los conceptos explicar, integrar, coherencia, confirmación, refutación, plausibilidad y compatibilidad son todos términos imputativos y no descriptivos. (p. 159) Esto significa que cuando hay juicios de valor que pueden no corresponder a una apreciación estrictamente epistémica, que trasciende la frontera de la realidad, implica valuaciones a los datos disponibles.

Calderón (2023) indica que, en el proceso de crear un estándar, decir que un cierto nivel de confirmación de una hipótesis es suficiente para considerarla probada significa hacer una afirmación sobre su validez. (p. 161) Lo que hace Calderón es señalar que los estándares de prueba se formulan con criterios imputativos o valorativos, que deben tener necesariamente un contenido epistémico, pero el declarar o concluir que es suficiente depende del valor que le damos a los datos que prueban la hipótesis. La calificación de suficiente la da el decisor, de allí que puede darse el caso que dos jueces con la misma información pueden discrepar respecto de cuan suficiente está probado un enunciado.

La valoración de prueba (Calderón, 2023) Se refiere al nivel de apoyo que los elementos de prueba proporcionan a la hipótesis (pretensión epistémica). Los estándares son criterios que nos ayudan a evaluar si ese nivel de apoyo es

adecuado o no para decir que la hipótesis está probada (pretensión institucional). Además, señala que estas afirmaciones no son solo descriptivas, sino que implican una acción de atribución: un grado de apoyo en el primer caso y un grado de suficiencia en el segundo. (p. 163) Calderón considera que en la valoración se emplea también conceptos imputativos, y no deja de tener sentido puesto que cuando valoramos y buscamos atribuir a un testimonio que es coherente, y que el testigo es creíble, lo que estamos haciendo es otorgarle una cualidad, el detalle que esta se hace a partir de reglas con pretensión de objetividad, es decir a partir de criterios de racionalidad, caso contrario la atribución o valoración tendría una base subjetiva exclusivamente, cayendo en la irracionalidad.

15.3 Propuesta de Juan Carlos Bayón para formular estándares de prueba

Bayón (2010) señala qué requisitos debe cumplir el estándar de prueba y son los siguientes:

- No debe ser subjetivo, o referirse a estados mentales del juzgador
- - Debe estar escrito de manera que se pueda comprobar, a través de métodos que otros puedan verificar, cuándo se ha cumplido y cuándo no.
- - La forma en que se formule debe ser tal que, al aplicarse correctamente, se logre la distribución del riesgo que se considera adecuada.
- - La aplicación debe producir esa distribución del riesgo, pero esto depende de la calidad de las pruebas y de las conclusiones que se saquen de ellas, no de otras cosas. (p. 19)

Estamos de acuerdo con la idea que los estándares de prueba no deben ser subjetivos pues hay una aspiración que estos sean objetivos, ya que la subjetividad puede ser un manto para la verificación de los hechos. Nuevamente en la generalidad, asume el objetivo más teleológico que justificable empíricamente de la distribución del error, requisito que se insiste en la doctrina.

No siempre es posible contrastar hipótesis contrarias (Bayón, 2010), como sucede en la ciencia. Para quien evalúa, el grupo de datos que cada hipótesis

contraria debe aclarar que está restringido. En este caso, las hipótesis auxiliares son "máximas de experiencia". Aunque estas están bien fundamentadas y se basan en inducciones sólidas, relacionan dos fenómenos con un nivel de probabilidad que no se puede comparar al de las leyes naturales. (p. 22) El proceso pone los límites dentro de los cuales las partes demostrarán la verdad de sus afirmaciones, de allí que hacer una demostración sin fin o eterna de la hipótesis es incompatible con el proceso, pues es al interior que se dará el contradictorio, que será cerrado por una decisión final que adquiera luego la calidad de firme.

Bayón (2010) sostiene que, entre varias alternativas, la que mejor explica la evidencia es la que tiene más probabilidad de ser cierta. "Explicar mejor" se entiende a través de varios criterios, como la simplicidad, la coherencia, la compatibilidad con otras hipótesis que ya hemos verificado, y la falta de hipótesis ad hoc.[32] (p. 23) Significa que la evidencia o pruebas que justifican epistémicamente mejor una de las hipótesis, se deberá optar por esta, aunque observamos que si hay hipótesis que subsisten con una “peor explicación”, y que no han desaparecido, nos llevan a concluir que para el estándar penal, esta denominada “mejor explicación” nos parece insuficiente. Esto podría operar cuando se trate de fases del proceso en los que no se necesita un estándar exigente, como una apertura de diligencias preliminares o formalización de investigación preparatoria, pero no cuando se trate de definir la situación jurídica de un reo, luego de culminado el juzgamiento.

15.4. Edgar Aguilera y su crítica a la propuesta de Dei Vecchi

Aguilera (2021) dice que Dei Vecchi considera más adecuado que al valorar al juez se le permita usar los parámetros acuñados en las discusiones epistemológicas generales y sin apoyarse en ninguna regla jurídica acudir a su personal sentido de responsabilidad epistémica, determinar si está demostrado o no el enunciado fáctico. (p. 421) Los parámetros o criterios son los que se han derivado de la epistemología juridica, que coadyuva en el camino de alcanzar la verdad, ahora pueden estar o no en las normas jurídicas, y el decisor tiene en este caso una responsabilidad para probar enunciados fácticos con una adecuada justificación probatoria.

[32] Son las que explican solo el fenómeno como razón para ser introducidas.

En un momento Aguilera (2021) está de acuerdo con las observaciones de Dei Vecchi que afirma que los enunciados tienen un contenido evaluativo. Estas proposiciones no simplemente describen algo, sino que invitan a pensar que la responsabilidad gnoseología del juez está manejada adecuadamente al decidir si un hecho está suficientemente probado o no. (pp. 423-424) La aceptación que un enunciado probatorio tiene un elemento valorativo, es lo que justamente realistamente debe asumirse, sin perjuicio de colocar los candados para que evitar que el enunciado se descarrile en un subjetivismo inaceptable. Una apreciación respecto de muchos de estos autores es que desarrollan sus tesis con una vaguedad e imprecisión que cuesta tomar partido por alguna de ellas, y tiene que ver con el grado de complejidad de estos estándares de prueba.

15.5. Crítica a la propuesta teórica de Georgi Gardiner

Aguilera (2021) Está de acuerdo con la idea de Gardiner (2019) de ver los estándares como detalles sobre cómo debería aplicarse el esquema de razonamiento de manera cada vez más estricta. Los estándares se cumplirían poco a poco a medida que se descarten otras posibilidades donde la hipótesis principal sea falsa, volviéndose cada vez más lejanos. (p. 435) Mientras más se descarta hipótesis alternativas, se iría fortaleciendo las hipótesis presentadas por la fiscalía, aunque esto es relativo pues puede ser que esta última no tenga justificación epistémica suficiente.

Gardiner (2019) hace referencia a una teoría de alternativas relevantes que él denomina posibilidad de error, que tiene tres componentes alternativas, relevancia o descarte. La alternativa sería una proposición incompatible con la creencia de la hipótesis planteada por el demandante o fiscalía, y si esa alternativa se da por probada entonces la creencia es falsa. (4) Podemos advertir aquí que estamos frente a hipótesis alternativas a la hipótesis de la contraparte, y que, si tienen justificación epistémica, descartan la hipótesis planteada por la Fiscalía si es que estamos ante un caso penal.

Gardiner respecto del estándar de prueba para arribar o no a ellos propone la tesis de la lejanía con la siguiente formula:

Preponderancia de la Prueba se da si es que se descartan alternativas menos remotas

Prueba Clara y Convincente se llega si es que se descartan los escenarios medianamente alejados

Y BARD (*Beyond a Reasonable Doubt)* se arribará si se descartan los escenarios más lejanos.

En una interpretación de estas propuestas de Gardiner (2019) bastante difusas y que lo podemos traducir en la fortaleza epistémica de las hipótesis alternativas a la hipótesis principal. Llegar al estándar de prueba BARD implica que hayamos descartado las hipótesis más lejanas o menos fuertes que pongan en cuestión a la hipótesis principal. Al estándar de prueba clara y concluyente se llega si se descartan las hipótesis medianamente alejadas, medianamente fuertes, y la Preponderancia de la prueba si es que se descartan hipótesis más cercanas, o más fuertes teniendo en consideración que en este último estándares de prueba se estima más fuerte a la hipótesis principal aun cuando no se hayan descartado las hipótesis alternativas, que no se tomaran en consideración porque su soporte epistémico es más debil que el de la hipótesis principal.

Tratando de entender la propuesta de Gardiner, Aguilera (2021) argumenta que el estándar más bajo (PdP) se cumpliría incluso si existieran varios escenarios diferentes, siempre y cuando esos escenarios queden en la zona que se debe descartar, relacionada con el siguiente estándar en la escala de exigencia. Lo mismo sucedería con el estándar PCyC. En el caso del estándar BARD, no es necesario eliminar hipótesis poco realistas que se pueden ignorar. (p. 436) La poca claridad de la tesis de Gardiner, dificulta la posibilidad de entender las reglas por las que se deben dar por probada las hipótesis, lo que obstaculiza al mundo judicial que es el principal destinatario de las reglas o criterios que se proponen para arribar a una verdad aproximada.

Hablar de escenarios (Aguilera, 2021) menos remotos, medianamente remotos y más lejanos es bastante impreciso y es difícil responder cuándo se podrán considerar descartados. (p. 436) Este es el reconocimiento de que nos movemos en territorios donde va a primar la vaguedad y que esta debe ser fatalmente expresada en un lenguaje. Y además que la propuesta de Gardiner no aporta mucho realmente al establecimiento de los estándares de prueba.

Se dice que Gardiner solo quiere mostrar que en la práctica legal diaria, se puede pensar en la evaluación de pruebas y en cumplir con el estándar en términos de la intensidad con la que se descartan otros escenarios. (Aguilera, 2021). (p. 439) Esta forma de razonamiento sigue la misma lógica que hemos criticado, pues pretender que el descarte de escenarios alternativos se entiende de hipótesis incompatibles con las de la fiscalía, no necesariamente fortalecerá la hipótesis de la acusación, pues puede darse el caso que esta no tenga una sólida justificación epistémica. El descarte no garantiza la prueba de la afirmación de la fiscalía.

En la línea de crítica a Gardiner enfatiza Aguilera (2021) que sería un grave daño a la presunción de inocencia que el juzgador decida si se descartan o no todas las situaciones posibles con las pruebas en las que el acusado podría ser inocente. (p. 449) Coincidimos con esta posición que dl alguna forma es una crítica al alto estándar que propone Ferrer en el que se tienen que descartar todas las hipótesis favorables al reo, que pueden ser las intra procesales, propuesta por la defensa, o las que salgan del propio debate dentro del proceso, y las extra procesales, lo que ya nos parece un despropósito. Basta que se genere una duda para descartar la culpabilidad.

15.6. Crítica a las tesis de “Prueba sin Convicción” de Ferrer por Dei Vecchi

Dei Vecchi (2022) afirma que, para justificar una hipótesis basada en hechos, se deben considerar las evidencias disponibles y dar prioridad a la justificación, los argumentos y las razones, en lugar de dejarse llevar por aspiraciones, corazonadas, predilecciones, simpatías políticas o pensamientos ilusorios. (p. 338) No basta con creer que la hipótesis está probada, sino que esa convicción a la que arribe el juez sea el fruto de la justificación probatoria que le de soporte a la hipótesis que se haya planteado. Lo objetivo está por encima de los subjetivo.

Después de abandonar el objetivismo, los estándares propuestos por Ferrer en “Prueba sin Convicción” deben reinterpretarse como reglas de motivación probatoria (Dei Vecchi, 2022) y se trata de exigencias argumentativas que, aunque implican diferente nivel de justificación epistémica, sí requieren abordar distintos

puntos, los temas, y aspectos de los fallos judiciales. (p. 340) Lo que vemos es que Dei Vecchi va más a los resultados del juicio valorativo que fundamenta la decisión, y a las explicaciones o razones de porqué se considera probada una hipótesis, lo que constituye obviamente la motivación o justificación de la decisión.

Califica de **Tesis descriptivista** a aquella que conforme se disponga de fórmulas de estándares que cumplan con las características descritas por Ferrer en "Prueba sin Convicción", un enunciado del tipo "Está probado que p" pronunciado en la resolución judicial tiene una fuerza ilocucionaria descriptiva. Dei Vecchi (2022) sostiene que una proposición debe tener una fuerza descriptiva ilocucionaria y debe ser un enunciado susceptible de ser verdadero o falso**.** (p. 339). Sobre los enunciados descriptivos se puede predicar veracidad o falsedad, ya que si no tienen correspondencia con la realidad son falsos y si lo tienen son verdaderos.

Esto conlleva a que Dei Vecchi (2022) considere Las evaluaciones morales no pueden convertirse en juicios descriptivos. En una decisión judicial, el afirmar que una hipótesis está probada significa que hay una evaluación judicial independiente sobre la prueba presentada. Por lo tanto, decir "Está probado que p" no puede verse como un juicio descriptivo, ya que depende de una objetividad que los juicios morales no tienen. Por eso, la idea descriptivista no es válida. (p. 345) Los juicios morales, tienen que ver con el comportamiento de las personas, de su calificación o valoración, por lo que correctamente como dice Dei Vecchi salen del ámbito de los descriptivo.

Respecto de la segunda tesis de Ferrer, que es la **Tesis de la objetividad metafísica de la suficiencia probatoria**: Se advierte que la suficiencia probatoria es una realidad objetiva y su existencia o falta de ella hace que las afirmaciones del tipo "Está probado que p" sean verdaderas o falsas, sin importar las actitudes o puntos de vista de quien evalúa.

De las anteriores tesis deriva la siguiente

Tesis de la objetividad de los estándares de prueba: establecidos en “Prueba sin Convicción” indican un nivel claro de probabilidad que, una vez logrado, crea la realidad objetiva de la suficiencia de pruebas, sin importar las opiniones de quien está juzgando. (Dei Vecchi, 2022, p. 340) Discrepamos abiertamente con esta tesis toda vez que como se advierte en forma reiterada ya, cuando se fijan estos estándares de prueba, si bien tienen un importante soporte

epistémico o probatorio, ya con la posibilidad de sesgo, también tenemos la fijación de los estándares de prueba con la introducción de factores políticos y morales, pero el salvataje al que acudimos es colocarlos todos en el marco de la probabilidad lógica la misma que es falible.

Dei Vecchi (2022) dice que contradecir una hipótesis significa demostrar que es falsa, y confirmar un dato implica mostrar que realmente ha ocurrido. (p. 355) Es decir que la demostración puede ir en ambos sentidos, la falsedad o la veracidad.

Además, afirma que (Dei Vecchi, 2022) dos personas que deben usar la misma fórmula de estándar para el mismo caso y las mismas evidencias pueden diferir en su opinión sobre si se ha cumplido el estándar, sin que eso sea un error y esa discrepancia no se debe a la vaguedad de los conceptos, sino a su naturaleza evaluativa. (p. 362) Tal como refiere el autor citado, la tesis de construir estándares de prueba objetivos y subjetivamente controlables recala al final en la apreciación del juez respecto de en qué momento declara la suficiencia de evidencia para dar por probada la conjetura, y como esto admite intuitivamente una cuantificación difusa por lo menos, de improbado, menos probado, o suficientemente probado, este ámbito queda a la discreción judicial, esa convicción que Ferrer pretende combatir, máxime si el señala con Laudan que hay un aspecto no epistémico que influye en la fijación de estándares de prueba, es decir un factor valorativo.

Dei Vecchi (2022) afirma que al admitir que los enunciados probatorios tienen ineludiblemente un aspecto evaluativo se concede lo necesario para rechazar la tesis de la fuerza ilocucionaria descriptiva y que está de acuerdo con Aguilera respecto de que es ingenuo pensar que una fórmula de estándares puede fijar un umbral objetivo. (p. 370) En este aspecto volvemos a coincidir en descartar que los estándares de prueba tengan en estricto fuerza ilocucionaria[33] descriptiva u objetivo por el aspecto valuativo que también contiene.

[33] En la teoría de los actos del habla son jerarquías de apremio, como decir puedes abrir la ventana (sugerencia) o Abre la ventana (imperativa), en esta última se advierte mayor fuerza en la intención.

Dejando la crítica a Ferrer, Dei Vecchi (2022) dice que para Aguilera las fórmulas de estándares analizadas son idóneas para dotar de reglas controlables de motivación, pues le dicen al juez cuáles son los márgenes de la justificación epistémica que debe observar y explicitar en su decisión y en la justificación de la premisa fáctica y determinar si hay evidencia (p. 370) El llegar al objetivo de dar por probado un enunciado fáctico, siendo explicado el camino para llegar a esa conclusión, es decir motivación es la propuesta que estima Dei Vecchi propone Aguilera y que este autor cree que es la función que deben cumplir los estándares, en realidad no se si estamos ante una realidad obvia, pues hay una obligación dentro del razonamiento probatorio del decisor de exponer las inferencias que ha permitido construir a partir de los datos disponibles, léase las pruebas.

15.7. Crítica a Larry Laudan por Dei Vecchi

Uno de los estudiosos de los estándares de prueba que cuestionó al estándar penal, y que marcó un derrotero para dotarle de contenido u ofrecer otro de contenido más objetivo fue Larry Laudan, cuyas tesis son materia de análisis por Dei Vecchi (2020b) que dice que una de las apreciaciones que puede encontrarse en Laudan es que, cuanto hay más exigencia probatoria del estándar respecto de la hipótesis de la culpabilidad, menor será la probabilidad de condenar a alguien que no haya cometido infracción penal y, simétricamente, mayor será la probabilidad de absolver a quien sí lo haya hecho (p. 400) Esto también lo sostiene Ferrer, en el sentido que cuando más exigente sea el umbral, habrá menos probabilidad de condenas falsas, pero también traerá como consecuencia mayor probabilidad de absoluciones falsas, esto en realidad es una suerte de intuición porque la única forma de poder probar estas hipótesis, requiere verificación empírica que es una de las grandes debilidades de estos planteamientos.

Dei Vecchi (2020b) precisa que, si se acepta el enfoque racionalista hay tres consecuencias respecto de todo estándar:

i) deberá compartir el error preocupándose prioritariamente por los falsos positivos y produciendo la ratio de error estimada

ii) La fijación de las reglas debe ser por el legislador antes de su uso

iii) Los términos para su formulación serán únicamente epistémicos para que la aplicación sea en base a estas reglas. (p. 402)

Sobre estas consecuencias fijadas por el autor citado, podemos afirmar que si bien hay una aspiración de evitar en caer en el error cuando se prueban enunciados que producirán en el reo una liberación o una afectación a sus derechos, el problema sigue siendo la ratio que se habría que asignar, lo que de plano es bastante subjetivo, sin embargo estimamos que se puede minimizar el error proponiendo criterios claros de valoración con fuerte contenido epistémico, a pesar que las reglas que las circundan puedan ir en camino contrario, y esto nos trae la necesidad que los estándares de prueba estén legislados, lo cual ya es bastante problemático, pues pedirle al legislador que haga epistemología, en una institución tan diversa por la representación que trae, consideramos que no ayuda mucho. El lenguaje difuso es el fenómeno que encontramos en las fórmulas legislativas por lo que tendremos que pedirle al legislador que utilice criterios o baremos simples de tal forma que darle el contenido le debe corresponder a los jueces.

Laudan (Dei Vecchi, 2020) propone que para superar los problemas de veredictos falsos se requiere estándares que compartan el error sin arbitrariedad y deben fijar objetivamente el error político y moralmente aceptable y enunciar un umbral que haga esa distribución. (p. 421) En el ámbito de distribución del error ya hemos señalado las dificultades para determinar objetivamente hasta cuando es socialmente aceptable soportar condenas falsas y también absoluciones falsas, y si esto desde ya es dificultoso, tenemos que lo siguiente que es parte de la discusión de este trabajo, es determinar el umbral de suficiencia que distribuya las decisiones judiciales falsas.

15.8. Estándar de Prueba que explora Larry Laudan

El desaparecido epistemólogo Larry Laudan a quien le debemos un aporte de estudio imprescindible en la epistemología jurídica, como una respuesta a las imprecisiones, vaguedades del estándar penal propuso unas reglas para arribar a un nivel de corroboración alto que justificara una condena.

a) Si hay pruebas incriminatorias que serían difíciles de explicar si el acusado es inocente, y no hay evidencias que lo defiendan que serían difíciles de explicar si él es responsable, entonces se debe condenar; de lo contrario, se debe absolver.

b) Si la acusación tiene sentido y usted no puede imaginar una historia creíble en la que el acusado sea inocente, entonces condene; si no, absuelva. (Sugerencia de Ronald Allen)

c) Verifica si los hechos presentados por la acusación eliminan cualquier relato plausible en el que se pueda considerar que el reo es inocente. Si la acusación no considera otras posibilidades, entonces se debe condenar. Si no, absuelva. (Laudan, 2013, p. 127-129)

Hay que considerar que estos estándares de prueba que presenta Laudan son considerados como propuestas de instrucciones para el jurado, siempre con la idea que este estándar más allá de una duda racional como ha sido concebido históricamente ha fracasado rotundamente, amén de ser ambiguo y que no garantiza la disminución de veredictos falsos.

Laudan que expuso en sus trabajos sus objeciones a estas instrucciones, y como un reto recomendó algunas reglas que deben tenerse en consideración para la fijación de estándares y que son:

El estándar debe ser claro y directo para que los miembros del jurado lo entiendan y lo usen.

El estándar debe ser claro y específico, señalando la estructura de las pruebas que deben presentar las partes, en vez de basarse en las impresiones personales del juez.

El estándar debe incluir el contrato social sobre lo que se considera un valor aceptable para la proporción de absoluciones verdaderas en comparación con condenas falsas. (Laudan, 2013, p. 135) El contrato social alude al pacto que en la sociedad civil respeto a las políticas que pueden protegerlos de los atentados contra sus derechos.

Dei Vecchi (2020b) dice que a Laudan le preocupa que el estándar BARD pueda volverse un criterio subjetivo. Esto también podría afectar los estándares

que él propone. Es difícil explicar si las evidencias son confiables, si ciertas historias son plausibles, y si se pueden pensar en otras historias posibles o no. Además, la razón detrás de las hipótesis alternativas que se pueden imaginar está muy relacionada con la fórmula BARD. (p. 422) Esta crítica nos acerca a lo que plantea Gonzales Lagier que los estándares de prueba son dependientes de los criterios de valoración probatoria. Dei Vecchi a su modo lo plantea pues al desmembrar los estándares de prueba propuestos por Laudan, cuyo mérito es desde nuestra óptica, el intentar proponer algunos criterios, y esa línea también sigue Ferrer, pues pese a las críticas que se le hacen a su "Prueba sin Convicción" también ha hecho el esfuerzo teórico de formularlos de forma concreta. Nosotros nos quedamos con la fórmula de Laudan, pero haciendo unas precisiones adicionales.

Por ejemplo, cuando las pruebas que incriminan son confiables y su presencia sería complicada de justificar si el acusado fuera inocente, o cuando faltan pruebas que lo podrían exculpar y sería difícil explicar su ausencia si el acusado fuera culpable, se debe considerar otra hipótesis, como podrían ser las coartadas.

En la propuesta de Allen (también usada por Laudan), se dice que si la teoría presentada por la acusación es aceptable y usted no puede imaginar una historia plausible en la que el acusado sea inocente, entonces debe condenar; si no, debe absolver.

Lo plausible se entiende como aquello que es coherente con el conocimiento acumulado en el dominio pertinente al fenómeno que se trata de explicar. O lo aceptable, válido, creíble. Es lo que suena lógico o verosímil.

Por otro lado, se establece la regla que si de la acusación se descarta la presencia de hipótesis razonables que permitan acreditar la inocencia del imputado, se debe sancionar.

Lo importante es fijar criterios que puedan dar contenido a los estándares de prueba propuestos, apoyándonos en la epistemológica, pero reconociendo que, si bien estos deben ser el cimiento principal, no descartar el factor valorativo que debe complementar los mismos sin distorsionarlos. En una situación puede fijarse un

estándar de prueba que nos acerque a la verdad de los hechos, pero por el factor moral descartarlo y abonar con esto en la impunidad.

16. Propuestas de Estándares de Prueba

16.1. Propuesta de Daniel González Lagier

González (2020) dice que, a pesar de las diferentes opiniones en la doctrina, las relaciones y diferencias entre el estándar y los criterios de valoración no están claras. Esta falta de claridad puede dificultar la discusión sobre qué criterios de valoración y qué estándares son adecuados, e incluso sobre la posibilidad de crear un estándar de preciso y objetivo. (p. 79) Esta relación problemática es la que está en el fondo de esta tesis, de cómo resolverla, si los criterios de valoración solo valen para estos, y luego usamos las reglas del estándar de prueba para decir cuan suficientemente está probado. Pensamos particularmente que estamos frente a una relación muy íntima, en la que incluso nos atrevemos a plantear que dentro del sistema de valoración debe estar implícito el estándar que se requiere para dar por probada una hipótesis, no verlo como dos fenómenos probatorios separados, sino que la valoración debe contener el estándar de prueba, y asi ha sido todo el tiempo, con estándares de prueba intuitivos, implícitos, no fuera de la valoración. Ahora se trata de establecer con mayor rigor conceptual, como estos criterios de estándar operan en el esquema valorativo.

Para González (2020) probar significa crear un argumento que justifique una hipótesis como base para una decisión judicial. Este tipo de razonamiento siempre relaciona los hechos que se quieren probar con los elementos que se utilizan para demostrar esos hechos. La conexión puede ser empírica, normativa o conceptual. (p. 80) El autor sostiene que para que los jueces adopten una decisión, deben tener acreditada una hipótesis fáctica y que la conexión entre hechos y las pruebas pueden ser de características empíricas, normativas o conceptuales que son definidas por el autor.

16.2. Enlace para probar

El enlace empírico (González, 2020) conecta los hechos mencionados en las premisas con los hechos en la conclusión, basándose en una relación observada entre ellos en el pasado. Por eso, se pueden referir a estas conexiones como inferencias probatorias empíricas. En algunos casos, puede ser correcto usar el término "evidencia " solo para estos supuestos. (p. 80) El enlace empírico implica que haya una relación entre hechos descritos en la hipótesis con hechos probatorios o datos que permitan confirmar la veracidad de aquella.

El autor (González, 2020) propone los siguientes ejemplos de este enlace entre hipótesis y las pruebas:

Se trataba de una persona que fue intervenida cerca al lugar donde se sustrajeron bienes instantes después del latrocinio, y llevaba los objetos sustraídos del inmueble y portaba una palanca metálica (elementos de juicio).

> En este caso para resolver se aplicará una máxima de experiencia que es: si una persona es sorprendida en las cercanías del inmueble donde se produjo una sustracción de bienes con estos en su poder es probable que esta sea el autor del delito. (p. 81)

En este ejemplo observamos que se está ante un razonamiento sobre prueba indiciaria. El primero señala que fue detenido con los objetos sustraídos de una vivienda poco tiempo después del suceso y portando una palanca. La regla sería si una persona inmediatamente después de un robo se le encuentra los objetos sustraídos, y una palanca, es altamente probable que sea el autor. No es concluyente pues puede darse el caso que el delincuente arroja en su huida los objetos y una persona que está cerca los recoge. En el ejemplo hay soporte epistémico para probar la hipótesis de robo y la autoría.

Enlace normativo

En este enlace González (2020) sostiene que hay una norma que señala que si se dan los sucesos definidos en las premisas se debe dar por acreditada una hipótesis, y entonces estamos ante normas presuntivas o tasadas por lo que estamos ante inferencias normativas. (p. 81) Podemos ejemplificar en este enlace normativo, las presunciones, como la presunción jure et jure que está referida a la publicidad registral por la que se presume que si se ha publicitado la información registral todas las personas conocen del contenido de estas.

Enlace conceptual

En el enlace conceptual (González, 2020) el lazo se establece a través de una definición o regla que dice que los hechos mencionados en la hipótesis pertenecen a una categoría específica, como una acción, una intención o una relación causal y lo que se busca es interpretar y clasificar estos hechos en una u otra categoría general. (p. 81) El proponer la subsunción de las hipótesis de hechos en categorías, es establecer un puente entre aquellas. Propone el siguiente ejemplo:

1. Todas las personas que tuvieron el síndrome tóxico habían consumido aceite de colza. Sin embargo, no todos los que tomaron aceite desarrollaron el síndrome. Esto significa que el aceite era necesario para tener el síndrome, pero no era suficiente por sí solo (elementos de juicio).
2. Cuando un hecho es necesario para que ocurra otro, decimos que el primero causó el segundo (definición).
3. El aceite causó el síndrome tóxico (hecho comprobado).

Lo que propone González es extraer una conclusión a partir del encuadramiento de un hecho en una categoría de hechos y que esta relación puede estimarse como el enlace entre una y otra. La subsunción en el fondo es introducir un hecho en una categoría o definición previa, que para nuestro caso debe ser fáctica, es decir debe representar una generalización empírica, por lo que, si bien es otro ángulo, en el fondo advertimos que se puede caer en una redundancia, y el mismo González (2020, p. 82) sugiriendo las dificultades que trae esto, lo que hace es abandonar en este trabajo el enlace conceptual.

16.3. Criterios de valoración

González (2020) afirma que la evaluación de la prueba ocurre solo en el contexto de la inferencia probatoria empírica. En el caso de las inferencias probatorias normativas o tasada, la evaluación ya está definida por la regla. (p. 82) Como habíamos advertido ya nosotros para efectos probatorios es posible concordar la existencia de estos enlaces, el empírico que es lo principal, frente al

normativo, puesto que las presunciones que son la base de este enlace están predeterminados legalmente.

El autor citado (González, 2020) sugiere que evaluar las pruebas significa establecer cuán probable es que la conclusión se derive de las premisas. (p. 83) El grado implica la fuerza con la que queda demostrada una hipótesis en la lógica de la probabilidad inductiva, de verdad aproximada. Mientras más cerca de la verdad se este, mayor será el grado de probabilidad, que lo podemos expresar en un alto grado, si es todo lo contrario, es decir si la aproximación a la verdad es lejana, entonces estaremos ante un bajo grado de probabilidad.

a) Criterios de solidez

González (2020) dice que es importante tener criterios lógicos para evaluar qué tan fuerte es la conclusión, y estos no son solo formales. También, las reglas de la sana crítica pueden verse como reglas no formales para evaluar las inferencias basadas en evidencia. (p. 83) Las reglas formales según este autor serían las reglas de la lógica, pero en las que hay que desarrollar son las reglas no formales para el juicio valorativo. Veamos las reglas que propone:

1) Número. Cuantos más argumentos haya a favor de una hipótesis, mejor se podrá confirmar. En otras palabras, cuantas más pruebas haya, más firme será el apoyo para las hipótesis sugeridas.
2) Variedad. Cuantos diferentes elementos de juicio añadan información que ayude a descartar hipótesis alternativas, más sólida estará la hipótesis.
3) Relevancia. Cuanto mejor se relacionen los elementos de juicio con la hipótesis a través de generalizaciones empíricas confiables, más confirmada estará la hipótesis.
4) Fiabilidad. Cuando los elementos de juicio se basen en otros juicios e inferencias previas, o en percepciones directas o en potente conocimiento, la hipótesis estará mejor verificada.
5) Si las reglas de experiencias que se usan se basan en generalizaciones inductivas fuertes, la hipótesis será más confiable.
6) Cuanto más alta sea la probabilidad en la regla de sentido común, más fuerte es la hipótesis.

7) La conjetura de manera directa ni indirecta debe haber sido rechazada
8) Si se pueden confirmar las hipótesis que dependen de la principal entonces la principal estará mejor confirmada un argumento abductivo.
9) Cuanto más clara y lógica sea la hipótesis en la narrativa, más sólida será su confirmación.
10) Cuantos más elementos se expliquen con la hipótesis, más confirmada estará.
11) Cuantos menos eventos no confirmados requiera la certeza de la hipótesis, mejor estará confirmada.
12) Cuantas menos hipótesis alternativas que no sean compatibles con la hipótesis principal existan, más corroborada estará la hipótesis principal. (p. 83-84)

Pese al esfuerzo por formular estos criterios, podemos advertir que González (2020) No está muy seguro sobre su propuesta porque dice que la 2 y la 12 son la misma regla desde la perspectiva de los elementos de juicio o desde la hipótesis. Además, la 3 y la 5 también indican la misma idea, ya sea desde los elementos de juicio o desde la máxima de experiencia. Por lo tanto, si alguna de ellas es innecesaria o incorrecta, se podría hacer una presentación más sencilla, clara y precisa de las mismas. (p. 84) Entonces Gonzales sugiere que su planteamiento puede mejorarse por lo que podemos dar algunas ideas. Previamente podemos afirmar que regla 1 que hace referencia a cantidad y la 2 a la variedad tiene y una influencia de Hempel (1973) que sostiene que la confirmación de la hipótesis se eleva con el número favorable de la validación y que cuanto mayor variedad de datos haya mayor será el apoyo epistémico de la hipótesis (p. 58) por lo que es posible mantenerla debiendo precisar que en un caso en concreto no necesariamente hay una pluralidad de pruebas, o que no haya variedad sea más difícil probar un enunciado. Ahora consideramos que las reglas 5 y 6 sobre máximas o generalizaciones empíricas podrían unificarse en que estas deben tener una fuerte justificación epistémica para que puedan usarse en el razonamiento probatorio.

La idea de construir reglas de valoración o de estándares plantean la problemática de la forma de hacerlo, fijándolas por la ley o por la jurisprudencia. Para González (2020) el problema de determinar cuáles son los criterios de

racionalidad gnoseológica es un asunto metodológico y filosófico que está abierto a la discusión y depende de la teoría cognoscitiva que se acepte, pero no es aconsejable que se legisle o positivice por lo que su recomendación es que se haga por vía jurisprudencial en el que hay más flexibilidad (p. 85) Estamos de acuerdo con este planteamiento puesto que en la ley peruana ya tenemos positivizado el modelo racional de la prueba, de allí que dentro de este marco se puede desarrollar criterios específicos que permitan que el razonamiento probatorio sea más riguroso, científico y preciso. La propuesta de González puede ser la base, reformulada obviamente, para tener un conjunto de reglas para el juicio valorativo y construcción de estándares.

b) Valoración y Decisión

La valoración que nos debe llevar a un resultado probatorio, en el que debemos afirmar si se han probado o no las hipótesis, que son el sustento a la vez de la decisión. González (2020) recorre ese camino tortuoso y dice que, Después de evaluar la prueba, se plantea la pregunta: ¿es el nivel de corroboración suficiente para considerar que la hipótesis está probada? Para responder a esta pregunta, necesitamos un nuevo criterio: un estándar que sirva como límite. Este estándar puede tener un poco de vaguedad, pero debe permitir distinguir entre lo que se considera suficientemente probado y lo que no lo es. (p. 87) Este aspecto de la vaguedad, es lo que hay que con concientizarnos, pues una nota característica del lenguaje jurídico, decir por ejemplo graves elementos como supuesto de la prisión cautelar ya denota un nivel de vaguedad, pues como llegamos a ese umbral de suficiencia probatoria, nos plantea el problema de fijar ese umbral previamente.

16.4. Propuesta de estándares de prueba

González (2020) sostiene que un buen estándar debería decidir si el nivel de corroboración de una hipótesis es suficiente para aceptarla. En lugar de basarse en estados mentales, debería utilizar reglas objetivas y debe ser claro y enfrentar el problema de que el nivel de confirmación es un concepto variable. Sin resolver esta cuestión, no puede funcionar como un "umbral" o criterio de suficiencia. (p. 92) La idea de la gradualidad hace que no se tenga posibilidad de fijar un umbral preciso, sino que deben ser fijados como intervalos o categorías u ordinales como también se plantea, tratando de disminuir la vaguedad respecto a su identificación.

La refutación de las hipótesis alternativas

González (2020) sostiene que negar una hipótesis significa demostrar que hay un hecho que no coincide con ella (contradicción directa) o con una hipótesis que se basa en ella (contradicción indirecta).

El esquema inferencial es asi:

Refutación directa de la hipótesis A:
1) Hipótesis A
2) Hipótesis B es incompatible con A
3) Hipótesis B está acreditada

_____

Consecuencia Hipótesis A falsa

Refutación indirecta de la Hipótesis A
1) Si la Hipótesis A es cierta, la Hipótesis B también lo sería (la Hipótesis A implica la Hipótesis B).
2) La Hipótesis B es desacorde con la Hipótesis C (no pueden ser ambas verdaderas)
3) La Hipótesis C se acepta como confirmada suficientemente
4) La Hipótesis B es falsa

_____

Luego por modus tollens la Hipótesis A es falsa (p. 95)

El estándar de prueba es un problema causado por el abandono de la prueba tasada (González, 2020) y la rigidez de este sistema llevó a que el juez asumiera la responsabilidad de evaluar la prueba y decidir si la justificación de la hipótesis es suficiente para considerarla demostrada y que la libertad de valorar la evidencia no se lleve bien con las reglas específicas sobre los estándares, por lo hay que buscar otra forma de distribuir los costos de error. (p. 97) Esta idea que está detrás de la creación del estándar es que este es una instrumento de distribución de costes del error y es lo que se dice en el caso In re Winship, y que recoge Laudan y prosigue

Ferrer, sin realmente contar con evidencia empírica de evitación o no del error, ni de la magnitud de ellos si se hubiesen cometido, puesto que e006E la lógica de estos, aquí se encuentran las absoluciones y las condenas falsas. Estimamos que esto queda solo en el ámbito de la especulación, por lo que desde nuestro punto de vista podemos decir que hay una herramienta procesal para poder medir el error, y son los casos de la acción de revisión de los cuales se podrán extraer las condenas falsas, por ejemplo. Aquí no se podría abordar las absoluciones falsas porque no es parte de la tradición procesal peruana pero si se pudiese aquí se tendría la posibilidad de conocer las absoluciones falsas, y frente a un universo de acciones de revisión poder sacar una estadística de las demandas fundadas. La otra posibilidad son las acciones de garantías dirigidas contra sentencias condenatorias falsas, no las nulas, sino aquellas donde se estimó la demanda considerando que se había emitido una sentencia de condena falsa.

17. Propuesta de Muñoz García

Muñoz (2020) afirma que un auténtico estándar permite indagar el nivel de probabilidad que se necesita para que se dé por demostrado un evento (p. 198) Se refiere al umbral o valla a la que hay que llegar para poder dar por probado un hecho en la lógica de probabilidad inductiva.

Nieva Fenoll sostiene que (Muñoz, 2020) con las tesis sobre estándares se estaría perfilando un método para la correcta motivación de la sentencia, pero no se construiría del todo un estándar seguro y alejado del riesgo de subjetivismo, porque el número de esas hipótesis alternativas que surjan dependen de las habilidades de cada juez por lo que el mayor o menor grado de confirmación será variable en función del observador que sea capaz de exponer nuevas alternativas. (p. 201) Ese es el riesgo de la vaguedad de los estándares de prueba propuestos por Ferrer y en realidad con todos, ya que puesto el mismo caso a dos o tres jueces, la forma como apliquen criterios para valorar la prueba y dar por probada la hipótesis guarda relación con su capacidad de adquisición de conocimiento. No todos observarán de la misma forma el curso de la prueba.

En el proceso contradictorio Muñoz (2020) propone una flexibilización del estándar que debería enfocarse en la contradicción o eliminación de:

a) La hipótesis alternativa presentada por la defensa del acusado serviría para limitar el número de explicaciones posibles de los hechos. Así, la defensa solo necesitaría crear una duda razonable, cuestionando la credibilidad de las evidencias de cargo o mostrando pruebas que beneficien al acusado. En cualquier caso, esto implica proponer un hecho que favorezca al acusado.
b) La hipótesis alternativa que apoya la inocencia del acusado puede salir de una evaluación razonable de la evidencia presentada por la fiscalía. Esto se debe a que la defensa puede no lograr respaldar su versión o puede adoptar una postura pasiva, pero así la defensa sea débil no garantiza el éxito de la acusación. (p. 202)

En la propuesta a) podemos apreciar que Muñoz plantea un límite, respecto a que se debe centrar el examen solo de la hipótesis presentada por la defensa, y no ir más allá, como propone Ferrer en su estándar de prueba más exigente donde se trataría de evaluar las hipótesis dentro del proceso y las que pueden configurarse desde fuera. La práctica judicial hace que como regla general se concentre el contradictorio en la explicación alternativa que propone la parte de la defensa, sin que esto implique la posibilidad que en el contradictorio surja una hipótesis alternativa no propuesta por el acusado y que le sea favorable si es que tiene justificación epistémica, pero este es el escenario menos probable.

Examinando la propuesta b) es posible que la parte acusada fracase en probar su hipótesis alternativa, lo que no significa que mecánicamente se prueba la hipótesis de la acusación. Al final lo que determina cual es la que se debe dar por probada, es la que tiene mayor soporte en elementos de juicio, pero si la otra sigue subsistiendo, aunque sea muy débilmente, entonces estamos en la situación de duda razonable. De allí que sostengamos que la acusación debe estar probada y la conjetura alternativa debe estar descartada para poder justificar una condena.

En aplicación de la lógica, Muñoz (2020) sostiene que lograr una creencia sin duda razonable es que exista pluralidad de confirmaciones por modus ponens con lo que se satisface la carga probatoria y que no exista ni una sola confutación

por modus tollens con lo que se entiende que se ejerce el derecho a la defensa, y que se nieguen las hipótesis explicativas alternativas a la pretensión acusatoria.(p. 207) Interesante esta propuesta ya que un caso práctico podemos tener que la tesis acusatoria del Ministerio Público es confirmada o corroborada con la evidencia examinada en el juzgamiento, y que la defensa haya propuesto una hipótesis de refutación pero que no tiene justificación epistémica, y además advirtiéndose la existencia de otras hipótesis contrarias a la de la acusación, y estas no hayan podido ser probadas. La debilidad de este planteamiento es la última parte, pues no es claro si estas hipótesis alternativas las plantea la defensa, o surgen del contradictorio y pueden ser construcciones de los jueces de oficio. Si son formuladas por la defensa tienen sentido, y lo otro es quien se convierte en el titular de esa hipótesis alternativa, por lo que podemos inferir que se trata de hipótesis que proponen los jueces, pero que no son probadas, y en consecuencia no tienen la fuerza necesaria para derrotar la tesis fiscal.

18. Propuesta de Jordi Ferrer Beltrán

En este trabajo se ha citado a lo largo de la exposición, las posturas de Jordi Ferrer que llega a su punto más alto en su trabajo “Prueba sin Convicción” en la que considera que el error es considerar que la demostración de un objeto de prueba se origina o tiene su fuente en la convicción del juez, o en la creencia, lo que estima que tiene una base subjetiva, por lo que el propone que los estándares de prueba sean objetivos y además intersubjetivamente controlables.

Propone un listado de siete estándares de prueba como sugerencias y que pueden ser escogidos cualquiera de ellos, y los ha elaborado a partir de reglas metodológicas y políticas. El estándar más alto que propone para estimar demostrada una hipótesis sobre los hechos debe darse conjuntamente las siguientes condiciones:

a) La hipótesis debe poder explicar los datos que hay, uniéndolos de manera lógica. Además, las predicciones de nuevos datos que haga la hipótesis deben haberse confirmado y presentado como pruebas en el proceso
b) Se deben haber desestimado todas las hipótesis razonables que expliquen los mismos datos y que sean compatibles con la inocencia

del acusado o que le beneficien más, dejando fuera las hipótesis ad hoc.

Si es el estándar más alto, entonces debe ser el umbral para decisión jurisdiccional plasmada en una sentencia. Estamos de acuerdo que la hipótesis debe tener apoyo en los datos disponibles o las pruebas del proceso, e integrados en forma plausible. Lo que no están muy claro es si esas predicciones tienen que ver con formulación de otras hipótesis dentro del proceso formalmente, y si esto es asi entonces las consideramos también procesalmente como objeto de prueba, empero sin son predicciones de hipótesis fuera del proceso, por más que tengan una justificación epistémica entraría en conflicto con la regla de congruencia si se trata de la actuación del fiscal, aunque aceptable si es que se produce la prueba de hipótesis a favor de la defensa.

Esa obligación de predicción no nos parece correcta, pues esto más bien responde a un contexto de descubrimiento, de construcción de hipótesis, que a un contexto de justificación. En otras palabras, las predicciones pueden operar durante la fase de investigación fiscal y no al término del proceso.

Respecto de la contradicción de las conjeturas explicativas, estas surgen a partir de la tesis defensiva que plantea la defensa, y otras eventualmente que por la dinámica de la actuación pueden salir para en la linea defensiva favorecer al acusado. Hacer aparecer hipótesis a favor del acusado, sin mayor sustento probatorio no tiene mucho sentido, máxime si en el proceso es un escenario cerrado donde operan las alternativas presentadas por las partes. No negamos que el juzgador puede construir a partir de las evidencias hipótesis a favor del acusado, pero daría pie a que pueda construir hipótesis a favor de la acusación. Conclusión este estándar esta pesimamente formulado, y denota un desconocimiento de los límites del derecho probatorio. No creemos sinceramente que este sea el estándar de prueba más alto. Es a lo mucho aplicable a los actos de investigación.

CAPITULO XII

PROPUESTA DE SOLUCION PROYECTADA

Al inicio de la investigación nos planteamos la problemática y propusimos hipótesis o soluciones provisionales a las preguntas, las que respondían al análisis previo de información para presentar el plan de tesis. Esta una investigación jurídica cualitativa en la que hemos asumido el enfoque epistemológico. De la revisión de literatura especializada y examinando las diversas posiciones sobre los tópicos planteados desarrollaremos a continuación la solución que proyectamos al inicio de esta investigación, si hemos confirmado las mismas y si hay elementos adicionales a los planteamientos iniciales que justifique o desarrollen las hipótesis.

1. PRIMER PROBLEMA

¿Cuáles son los criterios específicos que deben ser empleados por los jueces en la valoración probatoria cuando utilizan la lógica, las máximas de experiencia y las leyes de la ciencia?

Como respuesta a este problema nos planteamos la hipótesis que los criterios para ser empleados en la valoración probatoria como en el uso de la lógica deben ser específicos y que en la praxis permitan aplicar las reglas de identidad, de tercio excluido, de no contradicción y de razón suficiente, y además utilizar la lógica difusa como una forma de representar la realidad desde la concepción de verdad aproximada. Con relación a las reglas de experiencia, están son construidas sustentada en la metodología inductiva, y que funcionen como premisas dentro de una lógica de probabilidad. Los criterios de valoración de las evidencias científicas

deben permitir aplicar las reglas para el examen o verificación de las teorías científicas y en el caso concreto son las pruebas periciales.

Justificando la hipótesis formulada tenemos que la aplicación de reglas de valoración probatoria que tendrán incidencia en el estándar de prueba es la que se origina de la propuesta de Daniel González Lagier (2020, pp. 83-84) y que a su vez tiene influencia de Carl Hempel, filósofo de la ciencia. La propuesta la presentamos reformada desde nuestra postura personal, en la idea que el resultado probatorio se utilizará para confirmar o no las hipótesis en el ámbito de la probabilidad, y que estas reglas son determinantes para lograr un nivel de suficiencia que pueda justificar en el caso penal una condena y son originalmente doce reglas que pueden resumirse en la siguientes, tratando de hacer precisiones ya que el mismo Daniel González ha indicado que algunas pueden ser similares:

a) Cantidad. Cuanta más evidencias se tiene para reforzar una hipótesis, mejor demostrada estará ésta. Esto guarda relación con el peso o fuerza probatoria que comprende la mayor cantidad de pruebas para confirmar una hipótesis. La fórmula un testigo no es testigo, aunque antigua, tiene que ver con esta regla, pues si una hipótesis no tiene una pluralidad de pruebas que la confirmen, el soporte epistémico es débil. No es un simple criterio cuantitativo pues debe pasar el filtro de credibilidad y fiabilidad que desarrollaremos más adelante.

b) Variedad. Cuanto los elementos de juicio sean diversos, tendremos información de varias fuentes que permitirán confirmar mejor las hipótesis.

c) Fiabilidad. Cuando las evidencias estén bien fundados en otras, en inferencias previas o en percepciones directas o conocimientos sólidos, mejor verificada estará la hipótesis.

d) Si las máximas de experiencia que se apliquen están fundadas en generalizaciones inductivas fuertes, con soporte empírico potente, más fuerte será la conjetura.

e) La hipótesis no debe haber sido rechazada con prueba indiciaria o directa presentada por la contra parte.

1.1. Criterios sobre la prueba personal

Una primera regla por tomar en consideración respecto de la prueba personal es la **CREDIBILIDAD** que es el nivel de confianza que se otorga a la evidencia y debe estimarse como una primera apreciación de esta pero insuficiente pues todavía estamos en el ámbito subjetivo, alguien que se ha retractado tiene problemas de credibilidad prima facie,

La **FIABILIDAD** es otro criterio, pero más objetivo, que se enfoca en la información que ha brindado el testigo, esto es que se corresponda con la realidad. Pueden darse las situaciones siguientes, que el testigo sea creíble, pero la información brindada es falsa, o que el testigo no sea creíble pero la información por ser veraz es fiable.

En la prueba personal debe evaluarse la información brindada si es que tienen correspondencia con el criterio de **SENSIBILIDAD OBSERVACIONAL**, que nos parece la más rescatable del planteamiento de David Schum pues los criterios de veracidad y objetividad básicamente reposan en las creencias que puede tener un testigo de la información recibida del exterior, mientras que en el caso de la sensibilidad observacional, permite que se evalúe la capacidad fisica y psicológica que tiene la persona para recibir la información del entorno.

Un testigo, podrá creer que lo que informa es lo real, es lo que ha percibido, pero sin embargo su visión puede haberse disminuido cuando el hecho sucedió durante la noche, por lo que lo declarado no necesariamente representará la realidad.

En la conformación de las evidencias y la valoración es necesario la aplicación de la psicología del testimonio como disciplina que tiene como regla examinar la declaración y respecto del testigo la capacidad que posee para recibir información, percibirla y recuperarla, privilegiando en esta última parte la técnica de la entrevista abierta que es la más adaptable al proceso penal. Se rechaza cualquier afirmación de veracidad que provenga de sus expresiones gestuales o corporales pues nos encarrila por lo subjetivo y en la irracionalidad.

1.2. Criterios sobre la prueba material

La **AUTENTICIDAD** de la información está referida a la prueba material y tiene que ver con que no se haya modificado esta y que la información proviene de la fuente atribuida. Por ejemplo, un documento que no ha sido alterado es probable que sea auténtico, y viceversa pierde esta condición si el documento ha sido modificado o alterado.

1.3. Criterios sobre la prueba pericial

En esta clase de pruebas se va a manifestar las leyes de la ciencia. Un criterio de valoración es el de **FIABILIDAD** y que debe centrarse en la validez científica, que significa que los jueces no deberían fijarse en principio en las conclusiones del perito sino en el método empleado para llegar a ellas, por lo que una metodología fiable permitirá obtener conclusiones con ese carácter.

Otra regla es que si la teoria que sustenta la pericia es verificable o falsable, y esto también va las pericias que tienen sustento técnico. La teoria científica debe haber sido difundida en medios especializados, si hay una aceptación de la comunidad experta y el margen de error que tiene esta teoría.

También el experto debe ser examinado por la formación que tiene en peritar según su saber especializado, su nivel de preparación, la metodología que ha empleado para realzar el peritaje, lo que implicará un conjunto de preguntas en el juicio oral.

1.4. Las máximas de experiencia

Estas reglas que deben funcionar como premisas en la inferencia probatoria tienen como fuentes, la práctica social y la ciencia, y solo deben ser consideradas en la argumentación cuando se acredite que tienen apoyo epistémico contra la regla procesal que dice que las máximas no son objeto de prueba, asimilándola a una ley de la ciencia la que en principio parte de un fundamento verificable o falsable.

Para evitar la formulación de máximas erróneas debe verificarse que tenga un fuerte soporte epistémico para ser utilizada en el razonamiento probatorio

Tener en consideración que si una regla de experiencia es refutada por otras no puede ser utilizada como sustento de una decisión pues estamos ante una generalización empírica falsa.

Como una de las fuentes de las máximas es el conocimiento científico, no puede darse reconocerse como criterio general a una de sentido común si no está fundamentada en teoría científica válida.

Si la pretendida máxima debe funcionar como regla general es suficiente un único caso negativo para que se la considere como falsa, es decir si en su aplicación en un caso concreto la regla como premisa resulta fallida.

2. SEGUNDO PROBLEMA

¿Qué criterios deben ser aplicados para dar por probada una hipótesis con una alta probabilidad de acercamiento a una creencia mas allá de toda duda razonable? &&341

En esta pregunta nos planteamos que los criterios que deben ser aplicados para dar por probada una hipótesis con una alta probabilidad de acercamiento a la verdad más alla de toda duda razonable serían la evidencia de la credibilidad o autenticidad de la información proveniente de los medios probatorios recepcionados en el proceso, y el enfoque molecular y molar para extraer resultados probatorios que confirmen las hipótesis planteadas por las partes.

Debemos tener en claro que, siendo el proceso judicial un motor epistémico consideramos como sostiene Jordi Ferrer que es importante la fase de adquisición de las evidencias o elementos de juicio, pues en el caso en concreto, solo importará como regla general todo lo que se haya ofrecido, admitido y actuado en juicio oral. Sin una correcta conformación de elementos de juicio no podrá fundarse como consecuencia de esto una decisión fundada y cercana a la verdad.

Una garantia para el acusado, y en la necesidad de igualar posiciones, se ha establecido que el cargar de probar le corresponde a la acusación y que la

fiscalía tiene como fin derrotar estratégicamente a la presunción de inocencia, que es de naturaleza juris tantum, y lograr que los jueces declaren culpable al acusado.

En el proceso contradictorio se van a hacer presentes hipótesis que deben ser sometidas a demostración como:

- La Hipótesis inculpatoria, que busca ser demostrada, y allí la fiscalía tiene que bregar probatoriamente contra la presunción de inocencia en cumplimiento de su deber de ser responsable de la carga probatoria.
- La Hipótesis de refutación que puede ser planteada por la defensa, del acusado, aunque no está obligado hacerlo. Si lo hace debe allegar las pruebas que confirme su hipótesis.

La carga de prueba en su vertiente objetiva es una obligación para la fiscalía, pero no para la parte acusada. La fiscalía tiene dos cargas, objetiva probar culpabilidad y subjetiva que es suministrar las pruebas. La parte imputada no soporta ninguna carga obligatoriamente salvo que decida postular una hipótesis de refutación. La obligación de suministrar prueba está cubierta por la regla de adquisición procesal o comunidad de pruebas por el cual las pruebas presentadas por cualquier parte le pertenecen al proceso.

En este camino del razonamiento probatorio, tenemos que la ruta probatoria y decisoria es el de la evaluación de la prueba en sus diversas expresiones, personal, pericial, prueba documental, y material. El curso de esta es la valoración individual y luego la conjunta, la atomista y la holística.

Se debe arribar a la conclusión si es que luego del proceso inferencial está probada o no está probada la hipótesis, debiendo estimar que es el peso de las pruebas la que determinan que se haya pasado el umbral del más allá de toda duda razonable.

Estamos claros también que el umbral es evaluativo, es decir que hay factores extra epistémicos, y que se puede concluir si es suficiente o no es suficiente, y que el resultado probatorio es la consecuencia de la valoración.

El proceso de valoración de elementos de juicios no sigue necesariamente las fases que establece el derecho probatorio, ya que los jueces se van formando convicción desde el momento que por inmediación reciben la información por lo

que la apreciación probatoria es un fenómeno intelectivo que se inicia desde antes y no después.

Se tendría que establecer criterios ordinales, que fijen los umbrales, que en el fondo es de una probabilidad, y que no son cuantificables. Es allí donde es posible que nos descarrilemos y encontremos que el estándar es fijado subjetivamente por el juzgador.

Como hemos sostenido que la lógica difusa es aplicable al razonamiento probatorio, pues opera en situaciones de incertidumbre, vaguedad y probabilidad, por lo que podemos establecer que en la confirmación probatoria debe estimarse la hipótesis como improbada, probada, suficientemente probada, o altamente probada.

El estándar de convicción más allá de toda duda razonable o prueba suficiente para condenar, cuyo enunciado lingüístico es irrelevante y que debe ser ser el más alto estándar de prueba que justifique una condena, o la valla que se debe traspasar. Se puede traducir ese umbral en Altamente, Bastante o Suficientemente probado para condenar a un acusado. Lo importante es llegar con el más alto grado de confirmación de tal forma que no necesitemos construir criterios complejos para darle contenido al más allá de toda duda razonable.

En esta misma linea de razonamiento si bien se sostiene mayoritariamente que no se puede cuantificar o expresar en números el estándar de prueba estimamos que es posible construir rangos, siguiendo la lógica difusa de Lofti Zadeh y fijar fuzzy set o conjuntos difusos que pueden ser los estándares aplicables al juicio fáctico como los siguientes:

Hipótesis Improbable -> No hay prueba

Hipótesis Menos probable -> la hipótesis tiene un debil soporte inductivo

Hipótesis Medianamente probable -> la hipótesis tiene un mediano soporte inductivo

Hipótesis Altamente probable -> la hipótesis tiene un alto respaldo probatorio.

El CPP (Art. II) dice que una persona acusada de un delito solo puede ser condenada si hay suficiente prueba en su contra, obtenida y presentada con las

garantías adecuadas. Si hay duda, esta debe resolverse a favor del acusado. Este es el marco normativo en el que se debe basar el estándar de prueba más allá de toda duda razonable.

La norma nos describe que debe haberse realizado una suficiente actividad probatoria de cargo lo que podría confundirnos con las reglas de la Sentencia Plenaria Nº 1-2017 cuando dice que para la acusación debe existir sospecha suficiente, o el más probable que no. La suficiencia etimológicamente proviene del verbo *sufficere* que es dar lo necesario, o bastar por lo que suficiente es hacer lo necesario. De allí que cuando se señala debe haberse realizado una actividad probatoria de cargo suficiente, significa que las pruebas contra un acusado que han sido obtenidas con las garantías procesales bastan para declararlo culpable.

Si hay una hipótesis de culpabilidad de un acusado con fuerte soporte epistémico o con mayor apoyo en elementos de juicio, sin embargo, aun cuando se presume inocente, la posición del acusado se refuerza con elementos de juicio, que es imposible eliminar, entonces esto mantiene una situación de incertidumbre que es base de la duda por lo que la consecuencia lógica para evitar el error es que se debe absolver. Por intuición tenemos que aquí la fuerza de la hipótesis inculpatoria es mayor al 51 por ciento de una escala de 100 y, pero como no es alta la probabilidad de la acusación, se debe decidir por la absolución. Esto no obsta que, previo a la decisión final, puedan servir para otro tipo de decisiones si el peso probatorio es favorable a la fiscalía como para la presentación otro tipo de pretensiones.

Puede darse el caso que se llega al estándar de prueba altamente probado, como en un caso en flagrancia, que son situaciones excepcionales, o porque la investigación fiscal ha sido tan eficiente que es posible tener una acusación con estándar de prueba preponderante que amerita que la fiscalía presente una acusación

La suficiencia tiene un marco de evaluación que es el proceso penal, por eso cuando Ferrer propone estándares de prueba donde aparezcan hipótesis no introducidas en el proceso formalmente, está obviando, nos guste o no, que el proceso penal está reglado, y que si bien advertimos que algunas las reglas pueden tener un contenido contra epistémico, esto debe tener asiento en valores

que van más allá que la epistemología dura por asi decirlo, porque en aras de esto podemos volver al pasado y restablecer la tortura como medio de prueba. Construir reglas que sin perjudicar derechos y valores puedan permitirnos a llegar a la verdad es importante, como la tan preciada libertad de prueba que solo tiene un límite cuando afecta derechos fundamentales.

Fijar un estándar justificado epistémicamente se condice con lo sostenido con Laudan y Ferrer, que en la construcción de esto se emplea criterios extra epistémicos, como los que usa el legislador, y que le es impuesto por grupos de presión, la opinión pública, o factores como la moral y la política.

Que significa que la hipótesis tiene un débil soporte, pues cuando las pruebas de confirmación no proveen de información de calidad que puedan demostrar la veracidad de aquella y esto puede provenir por medios de prueba como testigos que tienen problemas sensibilidad observacional.

Al afirmar cuando está probada una hipótesis, estamos implícitamente fijando un umbral, o valla, es decir un grado de confirmación

2.1. Contenido de la creencia más allá de toda duda razonable

La valoración analítica de la evidencia y luego su valoración conjunta nos debe permitir arribar a la conclusión que la imputación de la fiscalía ha sido corroborada y la presunción de inocencia como consecuencia es derrotada. Un elemento para considerar un alto nivel de revalidación es la fuerza de las evidencias o peso probatorio que se evalúa a partir de la relevancia de la prueba que a diferencia de la pertinencia que nosotros empleamos, la relevancia tiene un elemento valuativo que implica establecer la potencia que esta tiene para poder modificar el estado de justificación gnoseológica de una hipótesis. Tendrá mayor peso probatorio un testigo directo que un testigo de referencia, o un documento original que una fotocopia. El peso probatorio también es determinado por la cantidad, a más pruebas mayor probabilidad de confirmación de un hecho.

2.2. Propuesta de Estándar de Prueba

Tomamos posición respecto de que, si el estándar de prueba permite que se llegue a una verdad aproximada, con la adopción de la probabilidad lógica y con la

idea de que la valoración y el estándar están intrínsecamente relacionados y presentamos las siguientes fórmulas:

a) Si hay pruebas de cargo que demuestran de forma fiable y suficiente la hipótesis de la acusación contra el imputado, y la presencia de estas pruebas sería muy difícil de explicar si el imputado fuera inocente, y además no hay evidencias exculpatorios fiables a favor del acusado, se debe condenar.

Este estándar que es el más alto se da en situaciones en que la actividad probatoria de cargo de la fiscalía debe verificar de manera suficiente la responsabilidad del imputado, y que esas pruebas son de difícil explicación respecto de su existencia si el acusado fuese inocente, como en un caso de homicidio y la existencia de un video del crimen donde se observa que el acusado está disparando contra la víctima y encontrada el arma de fuego en la homologación balística se concluye que es el instrumento empleado para asesinarla. Si no hay actividad de descargo aun con el principio de adquisición procesal no existen elementos que apuntalen la defensa del acusado.

b) Si los eventos probados por la acusación rechazan cualquier conjetura alternativa planteada por la defensa, se debe condenar.

Este estándar es aplicable en un escenario de contradicción de hipótesis, la de la acusación y la propuesta por la defensa por lo que en la valoración probatoria se ha concluye que la tesis de la fiscalía se ha probado de forma suficiente mientras las hipótesis alternativas han sido refutadas.

c) Si se dan por probados los hechos imputados por la acusación y también subsisten hipótesis de la defensa, aun cuando tengan menor peso probatorio, entonces se debe absolver por mantenerse un escenario de incertidumbre.

En este estándar de descarte, se mantienen a partir de la valoración de las evidencias soporte epistémico para las hipótesis en contradicción, tanto de la acusación y como de la defensa por lo que aun cuando la fuerza probatoria de la hipótesis inculpatoria sea mayor a la de la defensa, en una suerte de preponderancia de la prueba, la conclusión es que debe absolverse al acusado.

3. TERCER PROBLEMA

¿Cómo formular estándares de prueba objetivos y controlables intersubjetivamente para adoptar decisiones en las diferentes fases del proceso?

Al tercer problema planteamos como hipótesis que el diseño de estándares objetivos, y que fijen los umbrales para dar por probada una hipótesis, debe responder a una construcción basada en la probabilidad lógica o inductiva, evitando la convicción judicial no justificada epistémicamente.

La objetividad radicará en los criterios racionales de valoración probatoria de tal forma que puedan ser controlados mediante los recursos que la ley procesal franquea. Esta es una primera forma de entender la controlabilidad de los criterios pues nos remite a reglas de justificación epistémica y que deben representarse en la motivación de la decisión judicial

No es posible controlar los estándares si es que estos tienen una base subjetiva que de por si es irracional. Es decir, no se puede controlar a nivel de los recursos si las reglas tienen origen en una creencia sin justificación epistémica, aunque como hemos señalado en este trabajo en los estándares de prueba también se advierte que para su formulación hay factores que no son epistémicos, como la política y la moral, y es este aspecto que también debe considerarse cuando se busca controlar las reglas que fijan el estándar.

Esto nos remite a algo intrínseco en la creación de los estándares, que sustrayéndolos de factores extra epistémicos advertimos que estos se enmarcan en la probabilidad lógica, por la que no se puede arribar a una verdad absoluta sino a una verdad aproximada.

4. CUARTO PROBLEMA

¿Cómo construir un estándar de prueba para evitar condenas y absoluciones falsas?

A este problema propusimos como respuesta que la construcción de un estándar para evitar condenas y absoluciones falsas implica una conexión con las reglas apreciación de las pruebas, cuyo resultado probatorio debe sobrepasar las exigencias del estándar, sin embargo, también debe tenerse en consideración factores extra epistémicos que influyen en la decisión judicial, los mismos que podrían llevarnos al plano de lo irracional.

Sobre este tema la epistemología jurídica ha puesto énfasis en que la finalidad del estándar de prueba es evitar condenas o absoluciones falsas. Desde nuestra perspectiva tenemos la aspiración que se evite el error, pero los jueces o los jurados en el common law, son falibles. Desde la sentencia In re Winship 397 US 358 (1970) se sostuvo en la jurisprudencia norteamericana que elevar el grado de confirmación al más alto para la condena en el proceso penal ha marcado una linea de proposito que no tiene fundamento empírico. Esta finalidad también la plantean Larry Laudan, Ferrer Beltrán, Ron Allen, recogiendo aspiraciones desde Blackstone en la doctrina inglesa y Voltaire desde el liberalismo francés representada en la idea que es preferible absolver a diez o veinte culpables que llevar a prisión a una persona inocente. Sostenemos que una forma de evitar los errores son la aplicación de las directrices de sana crítica o modelo racional que nos permita acercarnos a la verdad, y si el estándar de prueba puede contribuir a esta finalidad a buena hora, y lo mismo las garantías dentro del proceso, o el de presumir inocente al imputado, o la carga de la acusación, pero como hemos venido desarrollando, no hay sustento empírico de ese error y si se pudiese el fijar ratio de 10 a 1 o de 20 a 1 tiene que ver con el factor moral o politico. Podemos afirmar que estamos en un terreno pantanoso pues no existen estudios fiables respecto al margen de error, esto es en una relación de 1 a 100 casos, cuantas condenas o cuantas absoluciones falsas se dieron. Dos mecanismos permitirán por lo menos de las condenas falsas avizorar el porcentaje de error, y es a través de la acción de revisión de condenas obviamente favorables y la otra las acciones de garantías como el amparo o el habeas corpus que hayan declarado la nulidad de una condena sin nuevo juicio.

Las absoluciones falsas no serían pasibles de revisión y por allí ya hay un defecto para las teorías que plantean que esa es la finalidad del estándar de prueba, que lo asumo más como algo metajurídico que empíricamente

demostrable. Solo esto pone en cuestión la pretendida objetividad de los estándares de prueba.

Creemos que si bien podemos hacer el esfuerzo de construir reglas lo más objetivas posibles para la confirmación de las hipótesis, reconociendo presencia de factores extra epistémicos, sociales, políticos o morales, es decir donde se puede desbordar la irracionalidad como matar a un presunto delincuente sin juicio previo, tener conciencia de esa irracionalidad implica no su evitación sino su disminución o freno a partir de los derechos humanos que es lo que nos unifica como sociedad civilizada.

5. QUINTO PROBLEMA

¿Los criterios de valoración de la prueba son aplicables para la determinación del estándar de prueba?

Estimamos que los criterios de apreciación probatoria sí son aplicables para la determinación del estándar manteniendo un nexo indisoluble entre ambas. No pueden enfocarse como si fuesen dos situaciones distintas pues están imbricadas.

Luego de examinar las diversas posturas respecto a la valoración de la y los estándares, afirmamos que el probar un suceso, implícitamente contienen el umbral de suficiencia. No hay que verlo como algo separado y sin ninguna conexión.

Consideramos que los criterios para ser empleados en la valoración probatoria como el uso de la lógica deben ser específicos y aplicando las reglas de identidad, de tercio excluido, de no contradicción, de razón suficiente, y de consistencia, que funcionan en el razonamiento deductivo y cuyas conclusiones son categóricas, pero en la probabilidad inductiva o lógica aplicable al razonamiento sobre la prueba solo es posible alcanzar certezas aproximadas.

La probabilidad lógica descarta verdades absolutas por lo que también es posible utilizar la lógica multivaluada como una forma de representar la realidad. Con relación a las reglas de sentido común o máximas, estás son construidas en base a la metodología inductiva, y deben funcionar en la inferencia probatoria como premisas dentro de una lógica de probabilidad.

Los criterios de valoración de carácter científico tienen que ver con la aplicación de las leyes de la ciencia y reglas para el examen o verificación de los

hechos objeto de prueba que requieren un saber especializado que no posee el juez.

Un resultado probatorio positivo es consecuencia de la valoración que es la que determina que la hipótesis se encuentre probada, no el estándar de prueba. Este es un punto de inflexión porque los que sostiene que el estándar es el umbral y que para dar por probada hay que pasar esa valla, y que puede probarse, pero no pasar el umbral, nos parece un contrasentido lógico, y que si bien es importante el estándar, ha sobrevivido sin estas reglas nuestro sistema procesal.

Siendo que el proceso penal es de conocimiento, y dinámico debe ser enfocado dialécticamente y en la medida que la indeterminación es propia del razonamiento probatorio, y del propio lenguaje para expresar las inferencias, asumimos la idea de que los estándares no pueden ser precisos, ya que, estando delimitadas por intervalos o categorías, serán expresados en lenguajes difusos o borrosos y que la lógica difusa puede aportar sin desmerecer a la lógica bivalente (De verdadero o falso) mayores elementos para poder alcanzar el grado de suficiencia

Tenemos que admitir que la representación de los hechos por el lenguaje trae como consecuencia la vaguedad por lo que debemos asumir que ese es el terreno en el que nos desenvolvemos y que no llegaremos a una precisión matemática sino cercana a ella.

Los criterios de valoración son aplicables para la determinación del estándar de prueba y son indesligables. Están interrelacionados puesto que una valoración en base a prueba suficiente, trae per se la demostración de las hipótesis con un alto nivel de probabilidad. Hay una interrelación entre valoración y estándares de prueba. Entonces el resultado probatorio, cuando las hipótesis se han justificado epistémicamente, trae ínsitamente el estándar de prueba usado.

Es una contradicción decir está probado, pero no llega a alcanzar el umbral, lo que sí es entendible dentro de probabilidad inductiva de los grados de confirmación o de aplicación de la lógica multivaluada.

CAPITULO XIII

CONSECUENCIAS

1. Consecuencias de la implementación de la propuesta

Cuando varios de los autores citados en este trabajo han evaluado si es posible o no proponer criterios para la formulación de estándares de prueba, han dado varias respuestas. Los que, si señalan que, si es posible lo que afirman que, si es posible hacerlo con cierto escepticismo, como Marina Gascón Abellán, o Diego Dei Vecchi, no se han animado a formularlos o establecer algunas reglas.

Jordi Nieva estima que es un símil de la prueba tasada y que no le parece adecuado que se formulen, y el estándar penal más alla de toda duda racional le parece que no tienen la importancia necesaria para preocuparse en crearlas.

Larry Laudan cuestionando severamente el estándar de creencia más allá de toda duda razonable, si admite la posibilidad de hacerlo, y ha propuesto sus fórmulas, y también Ronald Allen.

Gonzales Lagier, es un escéptico respecto de los estándares de prueba y el más pone énfasis en las reglas para dar por probado un hecho, lo que nos remite a los criterios de valoración, planteando algunas normas de la cuales el mismo no tiene la capacidad de sostenerlas categórica o fuertemente porque no está convencido de alguna de ellas, en todo caso es parte de la digresión intelectual que uno hace cuando se enfrenta a este tipo de problemas.

Jordi Ferrer Beltrán se va por la posición de que, si es posible formular estándares de prueba, siendo admirable el ejercicio intelectual que hace en “Prueba sin convicción” al proponer siete fórmulas de estándares graduales, que son más fuertes que otras, y que él señala que los operadores deben escoger las que estén acorde con la epistemología y los factores políticos y morales que tienen origen en una sociedad concreta. En la lógica de verdad aproximada es entendible esta postura pues los grados de confirmación o el umbral la pondrá la ley o la

jurisprudencia de acuerdo con el humor social. La paradoja de esto que en la búsqueda de objetivad, de un rigor epistémico nos descarrilamos en la decisión de la sociedad es decir el factor político y moral.

En aras de perfeccionar la búsqueda de la verdad se dota a los jueces de mayores herramientas para que puedan realizar de forma racional y científica la valoración de la evidencia y la verificación de las hipótesis postuladas por las partes, con responsabilidad y rigor necesario de tal forma que una consecuencia será la legitimidad de los jueces y también de las decisiones que se adoptarán en el proceso.

Se buscará evitar el error o disminuyendo considerablemente el margen de este, sancionando al verdadero culpable y absolviendo a quien realmente es inocente.

2. Beneficios que aporta la propuesta

La necesidad de hacer justicia como valor inherente del derecho implica que luego del juicio de hechos y aplicado el derecho se logre materializar dicho valor.

La necesidad de evitar el error judicial es que con criterios claros de valoración y que se manifestarán en los umbrales probatorios, se llegue a una verdad aproximada, sancionando al verdadero culpable y absolviendo al inocente.

Los jueces pueden tener herramientas epistémicas para poder adoptar una decisión que pueda sustentarse en hechos probados suficientemente.

RECOMENDACIONES

1. Las reglas de los estándares de prueba deben ser incorporadas desde la jurisprudencia, a partir de combinar derecho probatorio y la concepción cognitiva de la prueba, pues ya se tiene definido que asumimos las rglas de sana crítica.

2. No se deben colocar estas reglas expresamente en el CPP pues se podría interpretar que estamos retornando al uso de reglas tasadas y además podríamos estar ante el fenómeno de paternalismo jurídico.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Accatino, Daniela. (2011). *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII (Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2011) [pp. 483 - 511] Obtenido de http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173622791011.

Aguilera, Edgar. (2021). *Dudando de las dudas sobre la formulación de estándares de prueba jurídicos (razonablemente) objetivos*. Ciencia y Justicia El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Coordinadora Carmen Vásquez Rojas. Editado por Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ciudad de México.

Aguirre Román, Javier Orlando; Pabón Mantilla, Ana Patricia. (2020) *Hacia una epistemología jurídica crítica: precisiones y distinciones sobre epistemología jurídica, métodos y metodología*. En: Entramado. Julio - diciembre, vol. 16, no. 2, p. 186-201 https://doi.org/10.18041/1900-3803/entramado.2.6576

Alan Poe, Edgar. (2019). *Cuentos de Misterio*. Santa Fe.

Allen, Ronald . (2013). *Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico. En estándares de prueba y prueba científica*. Ensayos de epistemología juridíca. Traducción Diego Dei Vecchi y Carmen Vásquez, Marcial Pons, Madrid.

Anderson, Terence, Schum, David y Twining, William. (2015). *Análisis de la prueba*. Traducción coordinada por Flavia Carbonell y Claudia Agüero Marcial Pons. Madrid.

Aristóteles .(1994). *Metafísica*. Introducción, traducción y notas de Tomas Calvo Martínez. Gredos. Madrid.

Bacon, Francis . (2011) . *La Gran restauración (Novum Organum)* .Traducción Miguel Granada. Tecnos, España.

Bárcenas, Ramón. (2002). *Contexto de descubrimiento y contexto de justificación: problema filosófico en la investigación científica.* Acta Universitaria 12, no. 2 (2002):48-57. Redalyc, https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41600206

Barroso Caracas de Castro Ana Luiza. (2020). *As Provas No Processo Judicial Sob A Ótica Da Epistemología Jurídica*. Rev. de Teorias da Justiça, da decisão e da argumentação jurídica| e-ISSN: 2525-9644| Evento Virtual| v. 6 | n. 1 | p. 55-75 | Jan/Jun.

Basave Fernández del Valle, Augusto. (2001). *Filosofía del derecho*. Porrúa, México.

Bayón Mohíno, J. C. (2010). *Epistemología, Moral y Prueba de los Hechos: Hacia un Enfoque no Benthamiano*. Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo, 2(4). https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.2-num.4-2010-252

Baytelman A, Andrés, Duce J, Mauricio. (2004). *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Universidad Diego Portales, Chile.

Benfeld, Johann. (2013). *Los orígenes del concepto de "sana crítica"* Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Historia de los Dogmas Jurídicos] XXXV (Valparaíso, Chile, 2013) [pp. 569 - 585]

Bentham, Jeremías. (1835). *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Elaborado de sus manuscritos por Esteban Dumont. Traducido por José Gómez de Castro, Imprenta de don Gómez Jordán, Madrid,

Binder, Alberto. (2002). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires.

Bunge, Mario. (2005). *Diccionario de Filosofía*. Veintiuno Editores. México.

Bunge, Mario. (2002). *Epistemología*. Siglo Veintiuno Editores, 3ra edición. México.

Bustamante Rúa, M. M. (2010). *La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano*. Opinión Jurídica, 9(17), 71-91.

Cafferata Nores, José. (2000) *La Prueba en el Proceso Penal*. Depalma. 4ta Edición. Buenos Aires.

Calderón Meynier, Manuel A. (2023). *Acerca del irreductible ámbito de subjetividad en la formulación y aplicación de los estándares de prueba*. Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio / International Journal on Evidential Legal Reasoning Año 2023 N. 4 pp. 145-166 DOI: https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i1.22850

Camacho Naranjo, Luis. (2002). *Introducción a la lógica*. Editorial Tecnológica. Costa Rica.

Carnap, Rudolph. (1990). *Pseudo problemas en la filosofía. La psique ajena y la controversia sobre el realismo.* Traducción de Laura Mues de Schrenk. UNAM. México.

Carnelutti, Francesco. (1994). *Cuestiones sobre el proceso penal*. Traducido por Santiago Sentis Melendo. El Foro. Buenos Aires.

Carnelutti, Francesco. (1982). *La prueba civil*. Traducción de Niceto Alcalá - Zamora y Castillo. Editorial De Palma. Buenos Aires.

Céspedes, T. (2021). *Sobre la legitimidad del estándar de prueba en el proceso penal*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 0(44), 233-261. doi: https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.10

Clariá Olmedo, Jorge. (1996). *Derecho Procesal Penal.* Tomo II. Rubinzal Culzoni. Argentina.

Cohen, Jonathan L. (2017). *Lo probable y lo demostrable*. Edición Orión Vargas Vélez. Traducción Orión Vargas Vélez y Carlos Iván Ruiz, Medellín.

Cohen, Jonathan L. (1992). *An Essay on Belief and Acceptance.* Oxford University Press, New York.

Contreras Rojas, Cristian. (2015). *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Marcial Pons. Madrid.

Copi, Irving M. (2011). *Lógica Simbólica*. Traducción Andrés Sestier Boulier, M. en C. Vigésima reimpresión. compañía Editorial Continental. México

Coria Monter, Paulo Roberto (2008). *Introducción a la Criminalística de Campo y de Laboratorio*. Ciencia Forense.cl Revista On-Line de Criminalística http://www.cienciaforense.cl/cs.i 2008, p. 1. [Fecha de consulta: 30 de octubre 2024]

Damaska, Mirjan. (2015). *El derecho probatorio a la deriva*. Traducción de Joan Picó y Junoy. Marcial Pons, Madrid.

De Elia, Carlos M. (1994). *De la obra de Elero, Pietro. De la certidumbre en los juicios criminales, o tratado de la prueba en materia penal*. Traducción Adolfo Posada, El Foro, Buenos Aires.

Dei Vecchi, Diego. (2022). *Prueba sin convicción* en su justa medida. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 337-373. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.12

Dei Vecchi, Diego. (2020a). *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*. Zela, Lima

Dei Vecchi, Diego, (2020b). *Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología jurídica de Larry Laudan*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 43, pp. 397-426. https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.15

Dei Vecchi, Diego (2020c). *La importancia de lo que nos preocupa tener por probado. La imposibilidad de los estándares de pruebas*. https://www.academia.edu/44612204/La_importancia_de_lo_que_nos_preocupa_tener_por_probado_La_imposibilidad_de_los_est%C3%A1ndares_de_prueba

Dei Vecchi, Diego, Cumiz, Juan. (2019). *Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*. Marcial Pons. Madrid.

Delgado Echeverría, Jesús. (2006). *Las Leges Irritantes En De Legibus De Francisco Suárez Como Normas De Competencia*. Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho, n.º 29 (noviembre):405-21. https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.22.

Dwyer, Deirdre. (2008). *Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge University Press. Cambridge

Elia, Carlos M. (1994). D*e la obra de Elero, Pietro, de la certidumbre en los juicios criminales, o tratado de la prueba en materia penal*. Traducción Adolfo Posada, El Foro, Buenos Aires.

Espinoza Goyena, Julio César. (2009). *Nueva Jurisprudencia. Nuevo Código Procesal Penal.* Reforma. Lima

Fairén Guillén, Víctor. (1992). *Teoría General del Derecho Procesal*. UNAM. México.

Falcón, Enrique M. (2003). *Tratado de la Prueba*. Astrea. Buenos Aires

Ferrajoli, Luigi. (2008). *Epistemología jurídica y garantismo*. Traducción Juan Moreso, Jordi Ferrer, Marina Gascón. Fontamara. México.

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

Ferrer Beltrán, Jordi. (2013). *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthaniana*. En Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica. Marcial Pons. Madrid.

Ferrer Beltran, Jordi. (2005). *Prueba y Verdad en el derecho*. 2da edición, Marcial Pons, Madrid

Ferrier, James Frederick. (2011). *Selectos writings*. Editado por Jeniffer Keefe, Imprint Academice, UK.

Feyerabend, Paul. (1986). *Tratado contra el método*. *Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*. Traducción Diego Ribes. Tecnos. Madrid.

Franklin, James. (2015). *Evidence and Probability before Pascal. Whit a new preface.* The Johns Hopkins University Press. USA

Frederick Schauer. (2003). *Profiles, probabilities, and stereotypes.* Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts London, England.

García Amado, Juan Antonio. (2017). *Razonamiento Jurídico y Argumentación Nociones Introductorias*. Zela grupo editorial. Puno

Gardiner, Georgi. (2019). *The Reasonable and the Relevant: Legal Standards of Proof*. Philosophy and Public Affairs 47.

Gascón Abellán, Marina. (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. 2da edición Marcial Pons. Madrid.

Gimeno Sendra, Vicente. (2011). *Aseguramiento y valoración de la prueba preconstituida de la policía judicial*. Gaceta penal y Procesal Penal N° 19. Editorial Gaceta Jurídica. Lima.

González Alvarez, Ángel. (1974). *Historia de la filosofía*. Epesa. 8ava edición Madrid.

González Lagier, Daniel. (2020) ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones. Jordi Ferrer Beltrán, Carmen Vásquez (EDS.). Madrid Marcial Pons. Madrid.

González Lagier, Daniel. (2005). *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra, Lima

Grimaltos, Tobies. (2009). *Creencia, aceptación y conocimiento*. Epistemens, Vol. 29, Nº 1, 2009

Guzmán, Carlos. (2000). *Manual de Criminalística*. Editorial La Rocca. Buenos Aires.

Guzmán, Nicolás. (2018). *La verdad en el proceso penal*. Ediciones Didot. Buenos Aires.

Haack, Susan. (2020). *Filosofía del derecho y de la prueba. Perspectivas pragmatistas. Prueba y error: La filosofía de la ciencia de la Corte Suprema estadounidense*. Traducción Carmen Vásquez. Marcial Pons, Madrid.

Haack, Susan. (1997). El interés por la verdad: qué significa, por qué importa (1995) Traducción M. J. Frápolli En teorías de la verdad en el siglo XX. Editores Juan Antonio Nicolas y María José Frápolli, Tecnos Madrid.

Haddad Bernat, Pedro H. (2017). *Epistemología de virtudes robusta: sobre los límites y las posibilidades de su aplicación a la prueba de los hechos en el derecho*. Crítica, Revista Hispanoamericana de Filosofía. Vol. 49, No. 145 (abril 2017):

Hempel, Carl. (1997). *La teoría de la verdad en los positivistas lógicos.* Traducción por J. Rodríguez Alcázar. En teorías de la verdad en el siglo XX. Editores Juan Antonio Nicolas y María José Frápolli, Tecnos Madrid.

Hempel, Carl G. (1973). *Filosofía de la ciencia natural*. Versión española de Alfredo Deaño. Alianza editorial, Madrid.

Hernández Marín, Rafael. (2013). *Razonamientos en la sentencia judicial*. Marcial Pons, Madrid.

Ho Hock Lai. (2021) *The legal Concept of Evidence*. Stanford Encyclopedia of Philosophy, editado por Edwar N. Zalta. Stanford University, California. https://plato.stanford.edu./entries/evidence-legal/

Hombreiro Noriega, Luis, (2013). *El ADN de Locard. Genética forense y criminalística*. Reus, Madrid.

Igartua Salaverría, Juan. (2018). *Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial*. Ediciones Olejnik. Santiago.

Jaén Vallejo, Manuel. (2000). *La prueba en el proceso penal*. Ad – Hoc. Buenos Aires.

Jaén Vallejo, Manuel. (2022). *Los principios de la prueba en el proceso penal español*. http://enj.org/portal/biblioteca/penal/la_prueba_proceso_penal/30.pdf, [Fecha de consulta 14 de marzo del 2022]

James, William. (1997). *Concepción de la verdad según el pragmatismo*. Traducción por J. Rodríguez Alcázar. En teorías de la verdad en el siglo XX. Editores Juan Antonio Nicolas y María Jose Frápolli, Tecnos Madrid.

Kuhn, Thomas. (2004). *The structure of scientific revolutions*. Octava reimpresión Fondo de Cultura Económica. Argentina.

Laudan, Larry. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Traducción Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Marcial Pons, Madrid.

Lakatos, Imre. (1989). *La metodología de los programas de investigación científica*. Versión española de Juan Carlos Zapatero. Alianza Universidad. Madrid.

Levene, Ricardo. (1993). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. 2da edición. Depalma. Buenos Aires.

Levi, Isaac. (2017). *Introducción a Cohen, Jonathan L. Lo probable y lo demostrable*. Edición Orión Vargas Vélez. Traducción Orión Vargas Vélez y Carlos Iván Ruiz, Medellín.

Limardo, Alan. (2021). *Repensando las máximas de experiencia*. Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio. N. 2 | 2021 pp. 115-153, Madrid. DOI: 10.33115/udg_bib/qf.i2.22464

Maier Julio (1999). *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Tomo I. Argentina.

Manzanero Puebla, Antonio L. (2010). *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*. Ediciones Pirámide. Madrid

Marín Vásquez, R. A. (2014). *El estándar de prueba de conocimiento más allá de duda razonable. Análisis y evaluación de la sentencia de casación 36.357 (26-10-2011) de la Corte Suprema de Justicia de Colombia*. Derecho Penal Y Criminología, 35(99), 113–138. https://doi.org/10.18601/01210483.v35n99.05

Mascarenhas Nardelli, Marcella y Alves Mascarenhas, Fabiana . (2020). *Prueba verdad y estándares: la búsqueda de parámetros objetivos para una racionalización de las decisiones sobre los hechos.* Razonamiento Probatorio en materia penal del tercer milenio. Ideas. Lima.

Mazzoni, Giulianna. (2019). *Psicología del testimonio*. Traducción Amparo Moreno Hernández. Trotta. Roma.

Meneses Pacheco, Claudio. (2008). *Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en el Proceso Civil*. Rev. Just Et Praxis. Vol. 14 Número 2, Universidad de Talca, Chile.

Miró Quesada Cantuarias, Francisco. (1986). *Ensayos de filosofía del derecho*. Universidad de Lima. Lima.

Mitchel, David. (1968). *Introducción a la lógica*. Traducción de Juan Carlos García Borrón. Editorial Labor, Barcelona.

Mora Sánchez, Jeffry José. (2020). *Estándares probatorios (¿Diferenciados?) en delitos contra las mujeres. Apuntes sobre la construcción de un proceso penal con perspectiva de género*. En obra colectiva Prueba, verdad y razonamiento probatorio. Editores del Centro. Lima.

Moreso, José Juan. (2021). *En busca de la verdad*. En recuerdo de Michelle Taruffo. AFD, 2021 (XXXVII), pp. 531-545, ISSN: 0518-0872. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2021-10054100545

Muñoz García, Miguel Ángel. (2020). *El Estándar más allá de duda razonable en el proceso penal: Algunas consideraciones críticas. Del derecho al razonamiento probatorio*. Marcial Pons. Madrid.

Muñoz Sabaté, Luis. (2009). *Curso de probática judicial*. Editorial La Ley, Madrid

Muñoz Sabaté, Luis. (2007). *Introducción a la probática*. Bosh Editor. Barcelona.

Nietzsche, Friedrich. (2008). *Fragmentos póstumos*. Vol IV. Tecnos. Traducido por Juan Luis Vermal y Joan B. Llinares. 2da edición. Madrid.

Nieva Fenoll, Jordi. (2020). *Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado*. DOI: 10.31009/InDret.2020.i3.13

Nieva Fenoll, Jordi. (2016). *La razón de ser de la presunción de inocencia*. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, núm. 1, 2016, pp. 1-23. Obtenido de https: //ssrn.com/abstract=2737834

Nieva Fenoll, Jordi. (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons, Madrid.

Otero, Edinson y Gibert, Jorge. (2014). *Diccionario de Epistemología.* Editado por Universidad Central. Santiago de Chile

Palacio, Lino Enrique. (2000). *La prueba en el Proceso Penal*. Abeledo Perrot. Buenos Aires.

Pérez Bermejo, Juan Manuel. (2022). *Holismo e inferencia en el razonamiento probatorio*. Ara editores. Buenos Aires.

Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. (2011). *La dicotomía de la prueba en el proceso penal. (El problema del valor de los actos de investigación en el juicio oral)*. Bedel. Caracas.

Piscoya Hermoza, Luis. (2009). *Tópicos en Epistemología*. Fondo editorial UIGV, Lima.

Popper, Karl. (1991). *Conjeturas y refutaciones*. Paidós. Barcelona.

Reyes, Jahaziel. (2020). *Prueba, valoración e inferencias. El razonamiento probatorio en la motivación de los hechos*. En obra colectiva Prueba, verdad y razonamiento probatorio. Editores del Centro. Lima.

Rivera Morales, Rodrigo. (2011). *La prueba: un análisis racional y práctico*. Marcial Pons. Madrid

Roxin, Claus. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires.

Russell, Bertrand. (1995). *Los problemas de la filosofía.* Traducción Joaquín Xirau. Editorial Labor. Colombia

San Martín Castro, César. (2017). *Derecho Procesal Peruano*. Estudios. Gaceta Juridica, Lima.

San Martín Castro, César. (2001). *Derecho Procesal Penal*. Editorial Grijley. Lima

Schum, David A. (2016). *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*. Edición Orión Vargas. Traducción Orión Vargas Velez. Medellín.

Schum David, Terence Anderson, William Twining. (2015). *Análisis de la prueba*. Marcial Pons. Traducción coordinada por Flavia Carbonell y Claudia Agüero. Madrid.

Sentis Melendo, Santiago. (2008). *En valoración judicial de las pruebas*. 3ra edición. Editora Jurídica. Colombia.

Stein, Friedrich. (2018). *El conocimiento privado del juez*. Traducción Andrés de la Oliva Santos. 3ra edición. Temis, Bogotá

Talavera Elguera, Pablo. (2009). *La Prueba*. AMAG. Lima.

Tantaleán Odar, Christian Fernando; Sánchez Zorrilla, Manuel. (2019). *Una precisión necesaria al concepto de "Epistemología jurídica"*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 22, pp. 95-122 ISSN 1575-7382. http://www.rtfd.es/numero22/04-22.pdf

Tarski, Alfred. (1997). *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica.* En teorías de la verdad en el siglo XX. Editores Juan Antonio Nicolás y María José Frapoli. Tecnos Madrid.

Taruffo, Michele. (2023). *Contribución al estudio de las máximas de experiencia*. Traducción Perfecto Andrés Ibáñez. Marcial Pons. Madrid.

Taruffo, Michele. (2011). *La prueba de los hechos.* Traducción de Jordi Ferrer. Editorial Trotta. Madrid.

Taruffo, Michele. (2008). *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons. Madrid.

Tuzet, Giovanni. (2021). *Filosofía de la prueba jurídica.* Traducción Diego Dei Vecchi Marcial Pons. Madrid.

Tuzet, Giovanni. (2020). *La prueba razonada*. Traducción de César E. Moreno More y Enrique Sotomayor Trelles. Editorial CEJI y Zela. Puno

Tuzet, Giovanni. (2020). *Sobre la ostensión probatoria*. Traducción de Diego Dei Vecchi. El razonamiento probatorio en el proceso judicial un encuentro entre diferentes tradiciones. Jordi Ferrer Beltrán Carmen Vázquez (Eds.) Marcial Pons. Madrid

Twining, William. (2020). *La prueba como un ámbito multidisciplinar: ¿De qué manera puede el derecho y su estudio contribuir a esta empresa?* Traducción de Raymundo Gama. El razonamiento probatorio en el proceso judicial un encuentro

entre diferentes tradiciones. Jordi Ferrer Beltrán Carmen Vázquez (Eds.) Marcial Pons. Madrid.

Ubertis, Giulio. (2017). *Elementos de epistemología del proceso judicial*. Editorial Trotta. Madrid.

Vargas Velez, Orión. (2019). *El razonamiento inductivo en la valoración de la prueba judicial*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.

Vásquez, Carmen. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons, Madrid.

Volk, Klaus. (2016). *Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires.

Whitman, James Q. (2005). *The Origins of Reasonable Doubt*. Faculty Scholarship Series. Paper 1 http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1

Tarski, Alfred. (1997). *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*. En teorías de la verdad en el siglo XX. Editores Juan Antonio Nicolás y María José Frapoli, Tecnos Madrid.

Yomona Yomona, Edwin. (2010). *El rol del perito en el Código procesal Penal del 2004*. Revista Gaceta Jurídica N° 12. Junio. Lima.

Zadeh, Lofti A. (2015). *Lógica difusa: una perspectiva personal*. Departamento de EECS, Universidad de California, Berkeley, CA 94720-1776, Estados Unidos http://dx.doi.org/10.1016/j.fss.2015.05.009 0165-0114/2015 Publicado por Elsevier B.V.

Zaragoza Aguado, Javier Alberto. (2006). *Aspectos probatorios y técnicas de investigación en los procesos por lavado de dinero. Medidas preventivas y cautelares. Recomendaciones internacionales*. En la obra Tipologías y Lógica del Lavado de Dinero. Madrid

Zuckerman, Adrián A. S., (2020). *La averiguación de la verdad y el espejismo del proceso inquisitorio*. Traducción Edgar Aguilera. El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones. Jordi Ferrer Beltrán Carmen Vázquez (EDS.) Marcial Pons. Madrid