

Universidad Torcuato Di Tella
Escuela de Derecho

Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)

Volumen 24, Número 2, julio 2024

Sin deberes, ni indiferencia. Una aproximación a la actividad probatoria de la persona imputada en el proceso penal

Diana Veleda

Formato de cita recomendado

Diana Veleda, “Sin deberes, ni indiferencia. Una aproximación a la actividad probatoria de la persona imputada en el proceso penal”, Revista Argentina de Teoría Jurídica 24 2 (2024)

Para más trabajos publicados en la Revista Argentina de Teoría Jurídica acceda a revistajuridica.utdt.edu

Este artículo está disponible gratis y de forma pública por la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella. Para más información, por favor contactarse con ratj@utdt.edu

ISSN edición impresa 1851-6831

ISSN edición digital 1851-684X

Sin deberes, ni indiferencia. Una aproximación a la actividad probatoria de la persona imputada en el proceso penal*

Diana Veleda †

Resumen: La autora aborda la posibilidad de que la persona imputada tenga la carga de aportar al proceso pruebas demostrativas de su inocencia. Al respecto, sostiene que no es correcto afirmar que la prueba de ciertos hechos esté a cargo de la acusada, pero tampoco que su inactividad resulte indiferente para el resultado del juicio. En este sentido, afirma que parte de la discusión existente sobre este asunto proviene de las confusiones que genera la noción de *carga de la prueba* y, para precisarla, propone analizarla desde tres perspectivas: procesal o probatoria, sistémica y comparada y epistemológica. A partir de ello, concluye que si bien la noción de carga de la prueba no tiene un contenido procesal o probatorio autónomo, sí puede reflejar que la posibilidad de que la persona imputada obtenga resultados probatorios favorables (pese a su inactividad) sea más o menos compatible con el tipo de sistema procesal subyacente y con las condiciones del contexto de justificación en el que se desenvuelve la prueba. Así, concluye que muchas de las discusiones que genera la carga de la prueba podrían superarse si se conceptualizara la aportación de pruebas como un auténtico *interés* de la persona acusada en el proceso penal.

Palabras clave: CARGA DE LA PRUEBA. ACTIVIDAD PROBATORIA. MODELOS PROCESALES. PRUEBA. JUSTIFICACIÓN. CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN. HIPÓTESIS DEFENSIVAS. HIPÓTESIS ALTERNATIVAS. INTERÉS.

Abstract: The author addresses the possibility that the defendant may bear the burden of proof about some facts concerning her innocence. In this regard, she argues that it is incorrect to assert

* Agradezco a Máximo Langer por su invaluable guía como tutor, que incluyó el uso de la idea de un *interés* de la persona acusada que, creo, condensó muy bien las propuestas del trabajo. También agradezco a Matías Díaz por las múltiples discusiones que mantuvimos sobre el tema y por sus observaciones críticas. Sumo aquí las agudas observaciones de los editores y del árbitro anónimo que, sin dudas, ayudaron mucho a mejorar el texto. También a Marcelo Lerman, por su lectura y comentarios, y a Eleonora Cresto por su ayuda y consejo. Además, agradezco a los Profesores Jesica Sircovich y Hernán Gullco, que participaron del jurado de tesis al que este artículo fue sometido en la Universidad Torcuato Di Tella, y también a Pablo Rovatti, Alan Limardo, Bruno Bianco, Diego Dei Vecchi y a todos los demás integrantes y participantes del *workshop* “Fronteras (reales e imaginarias) entre Razonamiento Probatorio y Derechos Humanos”, desarrollado en la primera edición de la *Michele Taruffo Evidence Week* en la Universitat de Girona en mayo de 2022, en donde fue presentado por primera vez. Por último, a Mariángeles Castillo, por haberme ayudado a que este proyecto avanzara.

† Abogada (UBA). Magíster en Razonamiento Probatorio (UdG). Magíster en Derecho Penal (UTDT).



that the proof of certain facts rests solely with the accused, but neither is it true that the accused's inactivity is irrelevant to the outcome of the trial. In this sense, the author suggests that part of the existing debate on the matter stems from the confusion generated by the concept of the burden of proof. To clarify it, she proposes to analyze it from three perspectives: procedural or evidentiary, systemic and comparative, and epistemological. Based on this, the author concludes that although the notion of the burden of proof does not have an independent procedural or evidentiary content, it can reflect whether the possibility of the accused obtaining favorable evidentiary results despite her inactivity is more or less compatible with the underlying procedural system and the context of justification in which the evidence is presented. Thus, the author concludes that many of the discussions generated by the burden of proof could be resolved if the presentation of evidence was conceptualized as a genuine *interest* of the accused in the criminal process.

Keywords: BURDEN OF PROOF. PROOF. PROCEDURAL SYSTEM. JUSTIFICATION. CONTEXT OF JUSTIFICATION. DEFENSIVE HYPOTHESES. ALTERNATIVE HYPOTHESIS. INTEREST.



I. Introducción

1. Que la persona imputada en un proceso penal sea presumida inocente significa, al menos en parte, que no tiene que probar la propia inocencia para evitar ser condenada, sino que esa eventual condena dependerá de la previa corroboración de su culpabilidad.¹ De allí se deriva la idea de que la *carga de la prueba* en el proceso penal corresponde al acusador, es decir, que en la medida en que el acusador niegue la inocencia presumida al formular la acusación, entonces es quien *debe* aportar prueba suficiente para refutarla.² También de allí proviene otra idea a primera vista complementaria, según la cual la persona imputada, contrariamente, no soporta *cargas probatorias* en el proceso penal sobre hechos que hagan a la demostración de su inocencia, ya que esa inocencia viene “construida de antemano por la presunción que [la] ampara” (MAIER, 2004:507).

Sin embargo, la idea de que las personas acusadas no soportan cargas probatorias no es universal ya que existen sistemas procesales que les adjudican cargas probatorias. Por lo pronto, en algunos sistemas provenientes del *common law*, tales como el inglés o el estadounidense, aunque no se reniegue de la vigencia de la presunción de inocencia, no es inusual que se espere que la prueba sobre ciertos hechos provenga de la actividad de la persona imputada. Esa expectativa probatoria se expresa, justamente, en la adjudicación de diferentes clases de cargas probatorias, sobre diferentes tipos de defensas.³ Al hacerlo, estos sistemas no niegan que la carga de la prueba pese sobre la acusación, sino en todo caso aclaran, a grandes rasgos, que mientras esa carga abarca los hechos *acusatorios*, las cargas que pesan sobre la persona imputada abarcan algunos hechos *defensivos*.⁴ Así, si *A* matara a *B* de un disparo y alegara haberlo hecho en legítima defensa, correspondería a la fiscalía probar que *A* efectuó ese disparo y a la persona imputada —

¹ Dado que somos presumidos inocentes, “[l]a culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa —y no de la inocencia, que se presume desde el principio— la que forma el objeto del juicio” (FERRAJOLI, 1989:549).

² V., p. ej., FERRAJOLI, 1989:6110-611 y ROBERTS & ZUCKERMAN, 2010:240-247.

³ Véase, p. ej., ROBERTS & ZUCKERMAN, 2010:226-231 y ROBINSON, 1982:251-256 y 257-262, sobre la distribución de la carga de producción (*burden of production*) y la carga de persuasión (*burden of persuasion*), respectivamente. Volveremos sobre la diferencia entre estos tipos de cargas.

⁴ Digo a grandes rasgos porque estamos pasando por alto aquí que la delimitación entre “hechos acusatorios” (o elementos de un delito, entre otros) y “hechos defensivos” (o defensas, entre otros) es problemática. Un análisis sobre los criterios para esa delimitación y sobre los eventuales límites a la potestad del legislador para definir una u otra categoría puede verse en GRAY, 2017. Sin embargo, no nos detendremos más en este punto que, espero, no será decisivo para los argumentos de este trabajo. Al menos no lo será si concedemos que la presunción de inocencia, como explica DÍAZ (2024), vista desde una perspectiva *procesal*, se relaciona con las “condiciones para determinar la culpabilidad del acusado en el juicio” y no, en general, a todas las “precondiciones apropiadas para la responsabilidad penal”, de manera que las eventuales injusticias en la definición de un delito, al fijar los elementos que debería contener, no constituyen injusticias del mismo tipo que aquellas que derivan de una ilegítima presunción de culpabilidad en el juicio. Son estas últimas las que tienen alguna relevancia para las preocupaciones de este trabajo.

y su defensa— que lo hizo en legítima defensa —esto es, p. ej., que existió una previa agresión ilegítima, etcétera—.

Esa expectativa probatoria sobre la actividad de la persona imputada podría considerarse incompatible con algún entendimiento acerca del alcance de la presunción de inocencia, en la medida que este principio demandaría “[destruir] con certeza la probabilidad de [cualquier] hecho impositivo de la condena” (MAIER, 2004:507), y también que el conocimiento necesario para esa refutación provenga de “las pruebas del fiscal [...] y no [de] las riesgosas cargas probatorias de la persona imputada” (DÍAZ, 2023).⁵

Buena parte de los desacuerdos que genera la posibilidad de adjudicar cargas probatorias a la persona imputada proviene de la noción misma de *carga de la prueba*. La carga de la prueba es, definitivamente, un concepto *confuso* (MAIER, 2004:506). Con el fin de precisar los términos de esos desacuerdos y evitar algunas confusiones, abordaré la noción de carga probatoria desde tres perspectivas diferentes: **(i)** una perspectiva probatoria o procesal, **(ii)** una perspectiva sistémica y comparada y **(iii)** una perspectiva epistemológica. Estas distinciones mostrarán que las alternativas no se agotan entre quienes afirman que la prueba de ciertos hechos *incumbe* o *está a cargo* de la persona imputada, o quienes sostienen que la persona imputada no tiene por qué arrimar prueba alguna sobre un hecho presumido —*i.e.*, su inocencia—. Concretamente, aunque la presentación de hipótesis defensivas o aportación de pruebas no resulte una obligación o una necesidad procesal, bien puede ser caracterizada como un auténtico *interés* de la persona acusada en el proceso penal, que puede ser mayor o menor de acuerdo con determinadas características institucionales o del sistema procesal, pero que puede también resultar una consecuencia inevitable de la naturaleza de la prueba jurídica como un caso de justificación epistémica general.⁶ En definitiva, si bien la aportación de pruebas defensivas no puede ser adecuadamente caracterizada como un deber o una obligación, la inactividad de la defensa no será normalmente indiferente a la obtención de resultados probatorios favorables.

⁵ Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que la desestimación de agravio de la defensa “sobre la base de que no había acreditado fehacientemente sus descargos realizados en la alzada, ni aclarado la imputación que se le había efectuado como directora de la firma investigada al haber guardado silencio al prestar declaración indagatoria” implica “*invertir la carga de la prueba* en perjuicio del procesado y también admitir que su silencio constituye presunción en su contra, lo que supone resolver la cuestión con prescindencia de lo preceptuado en sentido contrario por los arts. 239 y 468 del Código de Procedimientos en Materia Penal (ley 2372) que regulan tales supuestos, frustrando de manera directa e inmediata concretas garantías constitucionales (Fallos: 289:344; 292:503; 292:561; 311:444)” (Fallos: 317:845, el destacado fue añadido). La CSJN también se había referido a la inversión de la carga de la prueba como una violación al art. 18, CN en Fallos: 275:9, 292:561 y 395:782, entre otros (v. también MAIER, 2004:510).

⁶ Este es uno de los núcleos de la denominada *concepción racionalista de la prueba*: la justificación probatoria es un caso de especial de justificación epistémica general (v., sobre las características y problemas de esta concepción, ACCATINO:2019).

2. La carga de la prueba no ha sido un tema central ni recurrente para la doctrina procesal penal argentina. Incluso, para uno de sus mejores expositores, la noción es directamente inadecuada para el proceso penal (MAIER, 2004:505-510). Además, hasta no hace mucho tiempo, el concepto mismo estaba ausente en nuestra legislación procesal penal⁷ y, si bien ha sido recientemente incorporado, luego de algunas reformas procesales, lo fue con referencia exclusiva a la carga probatoria de la fiscalía.⁸ Es interesante que esos mismos procesos de reforma fueron aquellos que, en el ámbito latinoamericano, se caracterizaron por proclamar la conversión de nuestros sistemas “inquisitivos” en “acusatorios” (LANGER, 2008:4) y, para ello, incorporaron algunos elementos propios de los sistemas anglosajones, emparentados con ese último modelo procesal, en los que la carga de la prueba tiene un rol central. En este nuevo contexto, se hace necesario visitar las discusiones sobre el rol de este concepto en los procesos penales y los problemas asociados con él.

3. Por último, aunque recientemente se han publicado en la literatura probatoria de habla hispana obras dedicadas a precisar —y también a criticar— la noción de *carga de la prueba* (v., por ejemplo, FERRER BELTRÁN, 2019 y 2022 y NIEVA FENOLL, 2019), este trabajo todavía puede hacer un aporte original, porque analiza los problemas específicos que el concepto presenta en el ámbito procesal *penal* y porque suma un abordaje alternativo, a través de algunas herramientas del derecho comparado y la epistemología jurídica.

4. El trabajo estará estructurado de la siguiente manera. En primer lugar, revisaremos el sentido y las consecuencias de *cargar con la prueba* desde una perspectiva procesal o probatoria, y concluiremos que la adjudicación de una carga probatoria no implica que la aportación de pruebas sea un deber o una condición *necesaria* para la obtención de un resultado probatorio favorable (punto **B**). En segundo lugar, mostraremos que determinados modelos o culturas procesales son más incompatibles con la posibilidad de que la persona imputada obtenga resultados probatorios favorables a partir de otros sujetos del proceso, de manera que los incentivos para la aportación de pruebas podrían ser mayores en esos contextos (punto **C**). Por último, haremos referencia al sentido epistémico que podría adjudicarse a la idea de *cargar con la prueba*, en la medida en que, dado que la prueba jurídica es un caso de justificación epistémica, la proposición de hipótesis alternativas relevantes puede modificar las exigencias de justificación aplicables a la hipótesis acusatoria y, de esa manera, facilitar o dificultar la tarea de condenar (punto **D**). El trabajo terminará con algunas conclusiones (punto **E**).

⁷ Véase que, p. ej., no aparece mencionada en el Código Procesal Penal de la Nación ni en el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba.

⁸ Véase, p. ej., art. 2, CPP de la Ciudad de Buenos Aires; art. 371 *ter*, CPP de la Provincia de Buenos Aires; art. 90 del nuevo Código Procesal Penal Federal; art. 113, CPP de la Provincia de Chubut.

II. *Cargar con la prueba desde una perspectiva procesal o probatoria*

1. Este punto tiene por objeto mostrar que, desde una perspectiva procesal o probatoria, la adjudicación de *cargas probatorias* no significa que la persona imputada tenga el *deber* de probar los hechos sobre los que aquella recaiga,⁹ ni que esa aportación de pruebas resulte una *condición necesaria* para la obtención de resultados probatorios favorables. Esto conducirá a concluir que, como mecanismo probatorio o procesal, la carga de la prueba carece mayormente de sentido y, en todo caso, colapsa con el concepto de estándar de prueba.

2. Dos nociones de carga de la prueba

2.1. En los sistemas procesales de tradición continental o del *civil law*, la carga de la prueba suele ser conceptualizada de dos maneras diferentes: en un sentido *objetivo* y otro *subjetivo*. En su faz *objetiva*, la carga de la prueba “responde a la pregunta ¿quién pierde si no hay prueba suficiente?” y, de ese modo, “opera como regla de juicio final, aplicable únicamente si los elementos de juicio aportados al proceso no permiten superar el estándar de prueba previsto para este tipo de casos” (FERRER BELTRÁN, 2019:57). Así entendida, la carga de la prueba es una regla de *decisión sobre los hechos* que, como tal, se dirige al juez y le impone “la obligación de resolver en un determinado sentido en caso de que no haya prueba suficiente de los hechos alegados por las partes” (*idem*:63). Dicho de otro modo, su función es “permitir al tribunal resolver el caso cuando los hechos principales no han sido probados” (TARUFFO, 2008:146). Entonces, sostener que una parte “soporta la carga de la prueba”, en este sentido *objetivo*, sólo quiere decir que, si no se alcanzara el nivel de suficiencia probatoria correspondiente al asunto abarcado por la carga, este será decidido en contra de la parte que la “soporta”.

En su faz *subjetiva*, la carga responde a la pregunta “sobre qué parte *debe* aportar prueba al procedimiento” (FERRER BELTRÁN, 2019:59, el destacado pertenece al original). Históricamente, este fue el primer contenido de la noción de carga probatoria. Entonces, se explicaba por la vigencia de un sistema de prueba legal o tasada, en el que la actividad de valoración era bastante simple, ya que bastaba con verificar si habían sido cumplidas las reglas preestablecidas que determinaban el resultado probatorio, por ejemplo, cuál era el número mínimo de testigos requerido o el tipo de documento necesario para probar cierto hecho (NIEVA FENOLL, 2019:34).¹⁰

⁹ Se hace necesaria una aclaración. Este trabajo no se refiere a los deberes profesionales del defensor técnico. Por ello, nos referiremos indistintamente a la actividad de la persona imputada o de su defensa, presuponiendo que hablamos de la persona imputada debidamente asistida por su defensa y dejando de lado los problemas asociados a una defensa técnica *ineficaz*. La asistencia técnica ineficaz de un abogado puede traer consecuencias procesales (v., p. ej., CSJN, *Fallos*: 327:5095, entre otros) y extraprocesales, asociadas con su responsabilidad profesional, pero no nos ocuparemos de ellas en este trabajo.

¹⁰ Por ello, para NIEVA FENOLL, la introducción del sistema de libre valoración de la prueba quita toda razón de ser a la carga de la prueba, porque en este sistema “ya no importa propiamente quién debe probar qué hecho, sino que lo

Este aspecto de la carga, a diferencia del objetivo, no es una regla de decisión, sino una regla de incumbencia probatoria —es decir, destinada a indicar a quién le *incumbe* o *corresponde* la prueba de determinados hechos—.

A primera vista, parece plausible que la carga subjetiva resulte un derivado de la carga objetiva de la prueba. De acuerdo con ello, quien soportara la carga objetiva también soportaría la carga subjetiva, es decir, debería arrimar al proceso la prueba de los hechos que, si no fueran corroborados, provocarían una decisión en su contra —o, si se quiere, alguna clase de resultado probatorio desfavorable—. En este sentido, por ejemplo, dado que la insuficiencia de la prueba más allá de toda duda razonable sobre el hecho de que *A* le haya disparado a *B* perjudicaría a la fiscalía —en cuanto pretendiere la condena por ese hecho—, la fiscalía *debería* aportar pruebas para corroborar que *A* accionó el arma que hirió a *B*.

Sin embargo, la idea según la cual la carga subjetiva de la prueba es un derivado de la carga objetiva ha sido objetada con buenas razones. Para FERRER BELTRÁN, “del deber de la jueza o el juez de resolver en un cierto sentido en caso de falta de prueba suficiente no se infiere nada respecto de ‘deber’ alguno de las partes” (2022:406). Por cierto, ya dijimos que la carga objetiva es una regla de decisión y, como tal, se dirige al juez y no a las partes. La carga subjetiva, en cambio, sí es una regla de incumbencia probatoria dirigida a las partes. En esta medida, ambos aspectos de la carga expresan reglas probatorias completamente diferentes e inconexas (FERRER BELTRÁN, 2022:404-409), al menos desde esta perspectiva procesal o probatoria. Así, la distribución de cargas objetivas no podría explicar, por sí sola, que la fiscalía tuviera el *deber* de llevar al proceso las pruebas de que *A* accionó el arma que mató a *B*, ni que *A* lo tuviera con relación a las pruebas de que lo hizo en legítima defensa. Esto no quiere decir que no existan relaciones entre las cargas objetiva y subjetiva de la prueba, pero el sentido y alcance de esas relaciones deberán ser bien explicados. Volveremos sobre este punto.

3. La carga como regla de incumbencia probatoria

3.1. Como vimos, la carga de la prueba podría implicar que la prueba de determinados hechos *correspondiere* o *estuviera a cargo* de la persona imputada. Ahora bien, ¿cuál podría ser el sentido de esa indicación o incumbencia?

Parece claro que esa indicación, contenida en la carga subjetiva y orientada a la aportación de pruebas, no es un *deber* en sentido estricto. La carga no es un mandato o una prohibición cuya

que se pretende es determinar la realidad en general, es decir, la averiguación del hecho, con independencia de quién aporte la prueba” (2019:35).

observancia o inobservancia nos coloque en el ámbito de lo permitido o lo prohibido.¹¹ Esto es así porque, como bien sabemos, el derecho procesal se mueve en el ámbito de lo permitido y sus normas son generalmente *potestativas*.¹² La aportación de pruebas es, en este sentido, un acto voluntario cuya omisión no tiene adjudicada ninguna *sanción* específica más que un eventual resultado probatorio desfavorable. Por cierto, esta es la característica central de la noción misma de *carga* procesal:

[L]a categoría de *carga* o *cargo* se presentó en el Derecho procesal como un intento de reemplazar a la de *obligación*, más técnica y propia de las relaciones jurídicas materiales, indicándose que quien no cumplía con una *carga procesal* omitía desarrollar una facultad que lo preservaba de colocarse en situaciones desventajosas respecto de la decisión, o bien dejaba de utilizar una posibilidad de colocarse en una situación ventajosa, en miras a la sentencia final (MAIER, 2004:506, el resaltado pertenece al original).

Otra alternativa podría ser, entonces, considerar que la carga no indica un deber en sentido estricto, sino en todo caso un comportamiento *necesario* para no perder una ventaja o un resultado procesal favorable. Desde este punto de vista, la carga subjetiva podría ser entendida como una *regla técnica*, en la medida que indicaría cuál es la actividad *necesaria* —la aportación de pruebas— para la obtención de determinado resultado ventajoso o favorable —p. ej., la corroboración de tal o cual enunciado fáctico—. Efectivamente, una *regla técnica* es aquella referida a una conducta que, si bien depende de la voluntad del litigante, está dirigida a conseguir un resultado ventajoso para el cual “es necesario realizar una actividad” (FERRER BELTRÁN, 2022:408).¹³ De acuerdo con ello, la carga subjetiva señalaría aquella conducta —*i.e.*, la aportación de pruebas— que resultaría *necesaria* para obtener determinado resultado —*i.e.*, la obtención de un resultado probatorio favorable—.

Sin embargo, esa conclusión no sería correcta si presuponemos la vigencia del principio de *adquisición procesal* o de *comunidad de la prueba*. Una de las principales implicancias de dicho principio es justamente que un resultado probatorio favorable “puede obtenerse perfectamente de

¹¹ Las normas de deber, en sentido estricto, son aquellas que “*exhortan a los individuos a emprender u omitir ciertas acciones* [nota omitida], amenazando[, generalmente,] el comportamiento contrario con una sanción” y, de ese modo, “delimitan el ámbito de lo jurídico del de lo antijurídico” (MAIER, 2004:37, el destacado pertenece al original, y v., en el mismo sentido, 2011:32-38).

¹² Las normas procesales, en tanto normas *potestativas*, conceden facultades “para desencadenar ciertos efectos jurídicos previstos por la regla y, para ello, describen el acto —forma, contenido, tiempo, lugar— que quien desee el efecto deberá cumplir, acto que, erróneamente ejecutado, puede conducir a la privación del efecto característico” (MAIER, 2011:35 y, en el mismo sentido, 2004:38-40).

¹³ Como explica FERRER BELTRÁN, las reglas técnicas “no prescriben deberes, sino que involucran una proposición anankástica, que afirma que la realización de A es condición necesaria para que se produzca B”, tal como podría ser que “presionar el botón rojo es condición necesaria para que se encienda el televisor” (2022:407, nota nro. 26). Un desarrollo previo de esa misma idea puede verse en 2019:61-62.

la actividad de otros agentes en el proceso” (FERRER BELTRÁN, 2019:72, 2022:409-410) y, por ello, su vigencia implica que la aportación de pruebas, aunque pueda resultar una condición *suficiente*, no es una condición *necesaria* para la obtención de un resultado probatorio favorable. En las palabras de FERRER BELTRÁN:

[E]n virtud [del] principio [de comunidad de la prueba o adquisición procesal], una vez que las pruebas se aportan al procedimiento no tiene ninguna relevancia quién las aportó a los efectos de su resultado probatorio; lo relevante es qué se puede inferir de ellas respecto de los hechos a probar [...]. Una hipótesis sobre los hechos favorable a una parte puede resultar probada gracias a la corroboración aportada — total o parcialmente— por pruebas que fueron incorporadas al proceso por iniciativa de otras partes. Por ejemplo, en el proceso penal la hipótesis de la culpabilidad puede resultar probada por el resultado de pruebas aportadas por la defensa de un codemandado, que las presentó como una forma de defender a su cliente inculcando a otros. No tiene sentido decir, pues, que la culpabilidad tiene que probar la acusación, sino solo que será la acusación quien perderá el proceso si no se prueba la culpabilidad (2022:409-410).¹⁴

Veamos esto en el caso de *A* y *B*, antes mencionado. Imaginemos que las pruebas de una posible situación de justificación surgieren del proceso, aunque no hubieren sido aportadas por la defensa. Esto podría suceder en supuestos tales como los que presenta DÍAZ (2023), en los que “se pretendiera la condena de una mujer por haber causado con dolo directo la muerte de su esposo, quien, a su vez, tenía un profuso y conocido historial de violencia contra ella”, o se acusara a un paciente psiquiátrico por la muerte de otro interno de ese mismo hospital. Tomemos el caso de la mujer. Supongamos que ese “conocido historial de violencia” surgiera de la declaración de los testigos que la fiscalía produjo para demostrar el motivo del crimen, y supongamos también que de esos testimonios se desprendieran todos los elementos necesarios para advertir la existencia de una situación de maltrato que podría justificar la autodefensa.¹⁵ En ese caso, la prueba de la fiscalía podría bastar para generar una duda razonable compatible con una absolución y ese resultado probatorio favorable para la defensa no provendría de su propia actividad. Es decir, en ese caso no sería cierto que la aportación de pruebas por parte de un determinado sujeto procesal fuera una condición *necesaria* para que obtuviera un resultado probatorio favorable. Lo mismo sucedería si la prueba favorable a la defensa fuera incorporada

¹⁴ La reflexión del autor continúa diciendo que su argumento explica que sea posible “[imponer] al imputado la obligación de producir o facilitar alguna prueba de cargo que está a su disposición” (2022:412). Sin embargo, la obtención de prueba coactiva por parte del acusado no parece ser una buena muestra de la inutilidad de la carga subjetiva, porque esa prueba sigue siendo ofrecida y producida por la acusación. Diferente sería el caso en que un testigo ofrecido por la defensa terminara declarando en perjuicio de la persona imputada.

¹⁵ Pasamos por alto aquí las discusiones existentes sobre la verificación del requisito de *inmediatez* entre la agresión y la defensa en esa clase de casos, ya que excede los objetivos de este trabajo y el caso es igualmente útil para revisar los puntos que sí nos interesan.

por otro imputado con intereses contrapuestos, como explicaba FERRER BELTRÁN, o por el propio tribunal de oficio.

En ese tipo de casos, es decir, en los casos en los que la prueba sobre una defensa que podría conducir a la absolución proviniese de la actividad de otro sujeto procesal, la única manera de eludir un resultado probatorio favorable para la persona imputada sería sostener que los hechos compatibles con la inocencia del acusado solamente pueden probarse con *prueba proveniente de la persona imputada*. Es decir, si negáramos la vigencia del principio de comunidad de la prueba o adquisición procesal.

Sucede que, si esa fuera nuestra posición, lo que en rigor estaríamos haciendo es dar una determinada definición acerca de las exigencias de justificación de la condena, concretamente, estaríamos afirmando que la justificación de la condena exige únicamente la refutación de aquellas hipótesis de inocencia que se hubieren apoyado en prueba proveniente de la defensa, sin importar su sustento probatorio en general. Nótese que, de hecho, el problema es independiente de cuál fuera nuestra consideración sobre el nivel de apoyo inductivo que podría exigirse a una hipótesis compatible con la inocencia para que pueda conducir a una absolución. Cualesquiera fuera ese nivel de suficiencia probatoria, este podría ser satisfecho con prueba proveniente de otros sujetos procesales, de manera que solo podríamos eludir la consideración de esa hipótesis si sostuviéramos que solamente puede tomársela en cuenta cuando se apoyare en prueba proveniente de la persona imputada.

Al mismo tiempo, esta es la única manera de reconocerle a la carga subjetiva de la prueba un contenido procesal autónomo, distinto al del estándar —como regla de suficiencia probatoria—, es decir, negando de ese modo el principio de comunidad de la prueba o adquisición. En otras palabras, solo así la aportación de pruebas podría considerarse una *condición necesaria* para la obtención de resultados probatorios favorables. Esto no quiere decir que la aportación de pruebas no *pueda* producir un resultado probatorio favorable, claro que puede —y volveremos sobre esto especialmente—. Solamente que, vigente el principio de adquisición procesal, son posibles los casos en los que los resultados favorables sucedan pese a la inexistencia de esa condición —condición que, por ello, deja de ser *necesaria*—.

Veamos nuevamente el simple caso de **A** disparando a **B**, pero imaginemos ahora que la prueba de la defensa no fuera suficiente para absolver. Si la hipótesis de la defensa no fuera una explicación plausible de los hechos del caso ni estuviera apoyada por ninguna prueba, quizás no correspondería absolver. Podríamos entonces decir que no corresponde absolver porque la defensa no cumplió con la carga probatoria que pesaba sobre ella, es decir, porque no aportó prueba sobre los hechos que le incumbía probar, pero ese resultado sería igualmente explicable por razones vinculadas exclusivamente a la insuficiencia probatoria sobre el o los hechos en los

que se basaba la defensa. Si la justificación no tuviese un mínimo sustento en la prueba del caso, entonces esa es la razón por la cual no podría justificar la absolución.¹⁶ Si sostuviéramos que la razón por la cual esa defensa fracasó es que el sujeto procesal que soportaba la carga de probarla la incumplió —es decir, si sostuviéramos que existe una regla de incumbencia probatoria que explica la solución del caso más allá de las consecuencias propias de la insuficiencia probatoria—, entonces, en el supuesto anterior, debiéramos rechazar la defensa aunque estuviere corroborada a punto tal de justificar una absolución. Esta es la única manera de que la carga subjetiva tenga un contenido autónomo a las de las consecuencias propias de la insuficiencia probatoria.

3.2. Según vimos en el punto anterior, la carga subjetiva de la prueba solamente tiene un contenido procesal o probatorio concreto, como regla de incumbencia probatoria, si negamos la vigencia del principio de comunidad de la prueba o adquisición procesal. Esto supone que el problema que hemos señalado es en alguna medida contingente, porque dependería de la paralela vigencia de ese principio. Podría entonces ponerse en cuestión la importancia del argumento, en la medida que dependería de la eventual vigencia y peso de dicho principio en cada sistema procesal.

La objeción no me parece insalvable. La vigencia del principio de comunidad de la prueba o adquisición procesal en los sistemas de origen continental y latinoamericanos parece prácticamente incuestionada, y la situación en los sistemas provenientes del *common law* podría diferenciarse, pero no completamente. Es cierto que, dadas las particularidades de la actividad probatoria en estos sistemas —sobre las que volveremos enseguida—, “a los participantes en el proceso todavía les resulta difícil imaginar que las fuentes de información puedan ‘separarse’ de quien las introdujo como parte de su defensa” (DAMAŠKA, 1997:85). Sin embargo, inferir a partir de ellas que en estos sistemas no rige el principio de adquisición procesal parece exagerado. De hecho, para considerar satisfechas las cargas de persuasión y de producción, es irrelevante si la prueba en cuestión fue introducida por una parte en lugar de la otra, o por el juez, o si ello fue el resultado de la prueba generada por las alegaciones de las partes o por las instrucciones del tribunal (MORGAN, 1954:19). En definitiva, nadie negaría que es posible allí que la prueba justifique inferencias adversas a la parte que la ofreció y produjo.¹⁷

¹⁶ Esto presupone que las hipótesis de inocencia deben contar con algún grado de corroboración. Volveremos sobre esto en el punto D.

¹⁷ De hecho, ello está solamente excepcionalmente prohibido —p. ej., al menos en general, en el caso de las inferencias adversas al silencio del acusado—. V., p. ej. ROBERTS & ZUCKERMAN, 538-580. En el mismo sentido, estos sistemas contemplan el problema de los testigos hostiles y la posibilidad de contraexaminarlos (v., p. ej., ROBERTS & ZUCKERMAN, 2020:338-340). Conceder esa facultad presupone que, de otro modo, sería posible que la contraparte obtuviera resultados probatorios favorables a partir de esa prueba que devino hostil para quien la introdujo. Véase, como otro ejemplo, el caso *Chambers v. Mississippi*, 410 U.S. 284 (1973). Una persona había sido condenada por un homicidio y denunció violaciones al debido proceso porque no se le permitió contraexaminar a un

4. Lo afirmado hasta aquí puede trasladarse a la carga de producción de pruebas. Tampoco existe, a su respecto, un *deber* en sentido estricto de aportación de pruebas, ni esa aportación de pruebas es condición necesaria para que los asuntos sean eventualmente tratados por el jurado. En la medida en que rija el principio de adquisición procesal, la prueba necesaria para satisfacer este estándar intermedio podría provenir de la actuación de otro sujeto procesal. De hecho, en el sistema inglés, es necesario instruir al jurado sobre cualquier defensa que surja de la prueba, sin importar que ninguna de las partes haya argumentado sobre ellas durante el curso del juicio (ROBERTS & ZUCKERMAN, 2010:246), o bien se considera que la carga de producción queda satisfecha si el acusado señala aquellos aspectos de la prueba de la acusación de los que pretende derivar hechos exculpatórios (HO, 2011:23).¹⁸

III. *Cargar con la prueba desde una perspectiva sistémica o comparada*

1. Sistemas dominados por las partes o por el tribunal

En el punto anterior sostuvimos que *cargar con la prueba*, desde una perspectiva probatoria o procesal, no significa tener un deber en sentido estricto ni que la aportación de pruebas sea una condición necesaria para la obtención de resultados probatorios favorables. Según vimos, en la medida que en el proceso rija el principio de comunidad de la prueba o de adquisición procesal, esas pruebas podrían provenir de la actuación de otros sujetos procesales. Sin embargo, esta posibilidad —esto es, que la actuación probatoria de otros sujetos procesales favorezca a la persona imputada— puede ser más o menos compatible con las características del sistema procesal subyacente.

Este punto tiene por objeto mostrar que la adjudicación de cargas probatorias, al margen de las consecuencias procesales o probatorias que pueda técnicamente provocar —o no provocar—, puede ser indicadora de una manera determinada de concebir el proceso penal o de una determinada cultura procesal¹⁹ y, con ella, de la presencia de determinados factores que pueden

testigo que había ofrecido ella misma y que había hecho confesiones del crimen ante otras personas y luego las había retractado. Esa pretensión fue rechazada porque la denominada *voucher rule* impedía desacreditar al *propio* testigo y la Corte Suprema de los EE.UU. entendió que esa decisión privó al imputado de su derecho a contradecir un testimonio que le resultaba claramente adverso.

¹⁸ La carga de producción presenta algunos problemas específicos que escapan a los intereses principales de este trabajo. Por ejemplo, la conveniencia de establecer una decisión intermedia de *remoción anticipada* de asuntos del conocimiento del jurado ha sido sometida a algunas críticas (v., p. ej., ROBINSON, 1982:255-256). Otro problema es aquel relacionado con la definición del estándar intermedio al que se encontraría condicionada esa decisión de remoción anticipada de asuntos. Al respecto, puede verse ALLEN, 2014:200-201 y LAUDAN, 2006:168-169).

¹⁹ Sobre la importancia de identificar diferentes maneras de concebir el proceso penal y diferentes culturas procesales, véase LANGER, 2004. El autor trabaja allí la incidencia de esos factores en la particular *traducción* que hicieron diferentes ordenamientos de tradición continental y latinoamericanos del *plea bargaining* anglosajón.

incidir en la posibilidad de que resultados probatorios ventajosos para la persona imputada provengan de otros sujetos procesales. Veremos que, de acuerdo con las características del modelo procesal subyacente, el imputado puede tener un *interés* mayor o menor en una defensa probatoriamente activa.

En su origen, la teoría de la carga de la prueba aparece asociada con la litigación civil o privada (FLETCHER, 1968:899-910), esto es, con un contexto procesal en el que el tribunal es “más un árbitro que un inquisidor”, a quien la carga de la prueba permitía reconstruir “los hechos oscuros o inciertos, ante la imposibilidad del *non liquet*” (MAIER, 2004:506). Esto explica que la noción sea un elemento familiar en los procesos penales provenientes del *common law*, pues estos sistemas “[abrazaron] la idea de un objetivo único y omnicompreensivo” entre los procesos civil y penal —esto es, la resolución de un conflicto—, y no tanto en los sistemas de tradición continental, en los que “la idea de que los procesos civiles y penales sirven esencialmente a objetivos diferentes tiene una larga historia” (DAMAŠKA, 1997:115-116).²⁰ Los sistemas procesales provenientes del *common law* suelen concebir a la prueba como una actividad orientada a ese mismo fin —la resolución de un conflicto— y mayormente dominada por las partes. Esta visión suele considerarse enfrentada con la de los sistemas de tradición continental, que ven a la prueba como un proceso orientado a la averiguación de la verdad y mayormente controlado por el tribunal. Según veremos, el primer sistema es más compatible con la adjudicación de cargas subjetivas que el segundo.²¹

LANGER desarrolló dos modelizaciones que muestran bien las características centrales que suelen asociarse con cada una de esas tradiciones normativas: el *modelo de la disputa* —emparentado con los sistemas provenientes del *common law*— y el *modelo de la investigación oficial* —emparentado con los sistemas de origen continental—.²² En el *modelo de la disputa*, el proceso penal es una “lucha entre dos partes, acusador y acusado, desarrollada ante un tercero —el juez o árbitro— que se encuentra en una posición relativamente pasiva” y “las partes son las dueñas de la contienda y son ellas las que, mediante su actividad, llevan adelante el procedimiento”, en el que el objetivo principal del proceso penal es la resolución de conflictos (LANGER, 2005:115-116). Por el contrario, en el modelo de la *investigación oficial*, “el proceso penal es una investigación realizada por uno o más oficiales estatales, con el objeto de determinar si es verdad que el imputado ha cometido un delito” y esos oficiales “no tienen un interés predeterminado en cómo debe resolverse el proceso”, pues “[s]u trabajo es determinar, de modo

²⁰ Una argumentación sobre las similitudes meramente *formales* entre el derecho procesal penal y el derecho procesal civil o privado, y sus diferencias sustanciales, puede verse en MAIER, 2004:166-178.

²¹ En este sentido, para TARUFFO, lo que explica la irrelevancia del aspecto subjetivo de la carga de la prueba en el ámbito continental es la facultad de los jueces de ordenar pruebas de oficio (2008:150-151).

²² Ningún proceso materializa completamente estos modelos, porque se trata, justamente, de *tipos ideales* (LANGER, 2005: 104-105).

imparcial, la verdad real ocurrida, estando tan interesados en que se condena a los culpables como en que se absuelva a los inocentes” (LANGER, 2005:117).

Como ya adelantamos, la actividad probatoria en cada uno de esos contextos es el reflejo de esas características distintivas.²³ En un proceso entendido como una disputa entre partes iguales, la actividad probatoria se caracteriza por estar mayormente bajo su control y por la polarización de los medios de prueba, lo cual los hace fácilmente asociables con una u otra parte y, como contrapartida, hace altamente improbable la producción de prueba de *oficio* por parte del tribunal (DAMAŠKA, 1997:85-87).²⁴ Paralelamente, la producción de prueba de *oficio* se asocia con una intención, pretendidamente neutral, de mejorar la decisión fáctica, pero en esta clase de procesos el objetivo de correcta determinación de los hechos se ve sobrepasado por un valor prioritario: la salvaguarda de la neutralidad o imparcialidad del juzgador. Dicho de otro modo, un juez que produjera prueba de *oficio* estaría comprometiendo su neutralidad y ese valor, en este contexto cultural, merece una protección prioritaria:

“En ninguna parte es tan visible la tensión entre el proceso adversarial y el compromiso con la búsqueda de la verdad como en la opinión dominante del papel que le corresponde al juez. ¿Qué se supone que deben hacer los jueces cuando su actividad —dirigida a aumentar la precisión de la sentencia— pone en peligro su imparcialidad? ¿A qué deberían ser fieles en esta situación? [...] [L]a mayoría de la doctrina probablemente sería favorable a considerar (al menos *in pianissimo*) que la neutralidad —esto es, el deber de ser imparcial— *supera cualquier beneficio del sistema judicial que permita a los jueces participar activamente en la búsqueda de la verdad*. Esta posición es fácil de entender: en un proceso cuyo objetivo último es la resolución de conflictos, el juez es, ante todo, un árbitro neutral (DAMAŠKA, 1997: 15-127, el destacado fue añadido).

Por el contrario, en sistemas más cercanos al modelo de la investigación oficial, como el sistema continental, los medios de prueba no se perciben de manera polarizada, sino más bien neutral, lo cual hace que la producción de prueba de *oficio* no sea un elemento extraño, sino más bien deseable cuando contribuye a mejorar determinación de los hechos. A diferencia del modelo

²³ De hecho, hay quienes directamente consideran que existe un tipo diferente de prueba en cada ámbito: la prueba desde una perspectiva racionalista o la prueba como persuasión. En el primer caso, la actividad probatoria tendría como norte la correcta determinación de los hechos, o la averiguación de la verdad, y en el segundo, dado que la finalidad primordial del proceso es la resolución de un conflicto, la prueba estaría mayormente orientada a persuadir al juzgador sobre los hechos de la versión presentada por uno de los litigantes. Tanto así que “la forma en la que el juez resuelve la controversia no importa realmente: podría incluso resolverla lanzando una moneda al aire” (TARUFFO, 2008:21). Esta categorización ha sido criticada con razón. El acercamiento de un proceso al denominado sistema acusatorio no implica que la actividad probatoria no esté orientada a la averiguación de la verdad y que la decisión sobre los hechos no se funde en razones epistémicas (DEI VECCHI, 2016:281).

²⁴ En este sentido, “los medios de prueba [...] [‘neutrales’] difícilmente encajan con un modelo de determinación de los hechos gestionado por dos litigantes: el modelo genera un campo de tensión bipolar que apenas deja un espacio intermedio sin ocupar” (DAMAŠKA, 1997:85-86).

de la disputa, lo que aquí interesa es la emisión de una decisión correcta, y si esta se hiciera depender enteramente de los medios de prueba aportados por las partes, “los hechos necesarios para la aplicación de la norma penal óptima para reprimir la delincuencia podrían permanecer desconocidos por razones que, desde el punto de vista del juez, son irrelevantes” (DAMAŠKA, 1997:119-120).²⁵

2. Como ya adelantamos, la posibilidad de que la persona imputada obtenga resultados probatorios favorables o ventajosos a partir de la actividad de otros sujetos del proceso es menos compatible con el primer modelo que con el segundo. Concretamente, cuando aquí hablamos de la posible “obtención de resultados probatorios favorables a partir de la actividad de otro sujeto procesal” estamos haciendo referencia a dos posibilidades: o bien (1) que prueba favorable a la defensa sea incorporada de oficio por parte del tribunal, o bien (2) que determinadas situaciones de insuficiencia probatoria sean resueltas a favor de la defensa.

2.1. Con relación a lo primero, es claro que si un sistema es incompatible con la producción oficiosa de prueba por parte del tribunal —dada la polarización de sus medios de prueba y la protección prioritaria de la neutralidad del tribunal—, parece también incompatible con la incorporación de pruebas favorables a la defensa sin impulso de esa parte.

Esto no implica afirmar que un sistema con un tribunal más proactivo sea necesariamente más *beneficioso* para la persona imputada o que contribuya a la mejor determinación de los hechos. Llegar a la primera conclusión exigiría una evaluación global que comprendiera la incidencia de todas las restantes características del sistema en la situación de la persona acusada y, con relación a lo segundo, es sabido que cada sistema, tal como fue descrito, tiene sus problemas epistemológicos propios (DAMAŠKA, 2003).²⁶ Sin embargo, esto no quita que la posibilidad de que prueba favorable a la persona imputada sea incorporada de oficio, es decir, pese a la inactividad de la defensa, siga siendo más incompatible con un sistema probatorio controlado por las partes.

²⁵ En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que las reglas vinculadas a la carga de la prueba “deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía —por sobre la interpretación de las normas procesales— a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal” (*Fallos* 319:1577 y, en el mismo sentido, 322:122 y 324:4123). Esto sin abrir juicio sobre el acierto error de las soluciones aplicadas en estos casos y su compatibilidad con el contenido que la Corte ha dado, más recientemente, al principio del *in dubio pro reo*.

²⁶ Por ejemplo, mientras que en los sistemas dominados por las partes es necesario prevenir la posibilidad de que incurran en comportamientos distorsivos de la verdad para la protección de sus intereses, en los sistemas dominados por los tribunales es usual que estos formen tempranamente sus propias hipótesis sobre el caso y sean más receptivos a la información confirmatoria (DAMAŠKA, 2003:120-121). El propio MAIER, examinando un sistema más cercano al modelo continental, advierte los riesgos epistémicos de un *deber de esclarecimiento* ilimitado en cabeza del órgano judicial y, específicamente, de la incorporación de prueba de oficio, en la medida que “resulta difícil explicar que una proposición de asunción de un medio probatorio concreto [...] no vaya unida casi necesariamente a la espera de un resultado más o menos cierto en relación al elemento a incorporar, prejuicio imposible de erradicar” (2011:80).

En otras palabras, sigue siendo cierto que, todo lo demás igual, las características definitorias de ese sistema perjudican la posibilidad de que la persona imputada obtenga pruebas favorables a partir de la actividad oficiosa del tribunal.²⁷

También podría objetarse que no es cierto que la protección prioritaria de la neutralidad del tribunal —característica de los sistemas dominados por las partes— haga imposible la incorporación de oficio de pruebas favorables a la defensa. Por ejemplo, podría considerarse que esa forma de entender la neutralidad del tribunal está malentendida, o que ha sido incorrectamente ponderada con la presunción de inocencia,²⁸ etcétera. En cualquier caso, ello no quita la concepción de la neutralidad del tribunal que caracteriza aquellos sistemas es connatural con la adjudicación de cargas probatorias a la persona imputada.²⁹ Así, analizar a la carga de la prueba desde una perspectiva sistémica o comparada nos permite identificar el sentido de la discusión subyacente; nos muestra que la decisión sobre la adjudicación de cargas probatorias a la persona imputada no se resuelve analizando el funcionamiento formal de un determinado mecanismo probatorio, sino identificando los problemas normativos que presentan esas visiones relativamente antagónicas sobre el proceso penal. En otras palabras, no debemos perder de vista que la carga de la prueba, como todas las reglas probatorias, se deriva de una determinada teoría de resolución de conflictos y la implementa (ALLEN, 2014:196).³⁰

²⁷ La actividad de la fiscalía también podría facilitar resultados favorables a la defensa, por ejemplo, si decidiera no acusar o solicitara la absolución del imputado. Esto también será más o menos probable de acuerdo con las características de cada sistema procesal. En los sistemas provenientes del *common law*, la fiscalía es “una parte privada que se encuentra en un pie de igualdad ante el tribunal con relación a la otra parte privada —el acusado—” y el tribunal “necesita un motivo para pensar que existe una disputa que debe ser litigada” (ALLEN, 2014:196-198), en cambio, en los sistemas de tradición continental, la fiscalía no suele ser considerada como una parte privada, sino como un órgano estatal que ejerce la función acusatoria con un deber de objetividad y con un compromiso con la correcta determinación de los hechos, lo cual es perfectamente compatible con el desarrollo de actividades probatorias favorables al acusado. De allí se desprende que el fiscal “no esté situado *frente* al imputado para inquirir y requerir solo *en contra* de él, sino, todo lo contrario, para aclarar la imputación procesal que soporta y requerir también a su favor cuando corresponde” (MAIER, 2004:581-582).

²⁸ En este sentido, podría argumentarse que la imparcialidad es una garantía de la persona imputada, y no de la parte acusadora, o que aunque la imparcialidad pudiera ser invocada por la parte acusadora, no podría serlo con el mismo alcance que la parte acusada. Por ejemplo, el acusador podrían tener un interés legítimo en el apartamiento o exclusión de magistrados ante sospechas de parcialidad subjetiva, fundadas en relaciones con las personas que intervienen en el proceso o con el objeto o el resultado del litigio (v., p. ej., MAIER, 2004:752-755), pero no una que autorizara a desconocer hipótesis que excluyeran la culpabilidad del acusado, ya que semejante noción de neutralidad sería difícilmente compatible con el principio de inocencia, que justamente impone un “desbalance” en favor del acusado en razón de la diferente gravedad relativa de condenas y absoluciones erróneas. V., p. ej., UNDERWOOD, 1977:1307 y siguientes y DÍAZ (2024).

²⁹ Como ya vimos, desde este punto de vista, “quien tiene que resolver el conflicto debe dominar el impulso de establecer la verdad histórica: no puede convertirse en un investigador independiente e incansable de la verdad sin poner en peligro la imparcialidad que es inherente a su papel de decisor de conflictos” (DAMAŠKA, 1997:125).

³⁰ Existen otros posibles abordajes sobre los problemas normativos subyacentes a la adjudicación de cargas probatorias al imputado. Por ejemplo, para DUFF, la adjudicación de cargas probatorias a la persona imputada no se basa en un valor asociado al tribunal, sino a la misma persona imputada. DUFF considera que el proceso penal es un

2.2. Con relación a lo segundo, el “incumplimiento” de una carga probatoria no es otra cosa que una situación de incertidumbre o insuficiencia probatoria que debe ser resuelta por el tribunal. El lugar central que los procedimientos dominados por las partes otorgan a la carga de la prueba, sumado a las restantes características de esos sistemas, ya mencionadas, modelan las consecuencias que se adjudican al “incumplimiento de esas cargas”, es decir, la manera en la que se resuelven esas situaciones de insuficiencia probatoria. Así:

Donde las partes gestionan sus propias estrategias probatorias, *la atribución del incumplimiento de la carga de persuasión tiene un significado directo y personal*. Sin embargo, donde el tribunal se encarga de la obtención de pruebas, o contribuye a ella por su cuenta, la atribución del incumplimiento de la carga de persuasión *tiene una connotación diferente* y, en algunos casos, incluso puede llegar a ser problemática” (DAMAŠKA, 1997:91, el destacado fue añadido).

Ese significado directo y personal no es otro que el de una expectativa probatoria defraudada, expectativa que no existe sin la atribución de la carga en este específico sentido. Esa diferencia de expectativas —y del peso asociado a defraudarlas— puede conducir a una diferente resolución de situaciones de incertidumbre. Imaginemos el caso planteado más atrás, de la mujer golpeada, en el que el testimonio ofrecido por la fiscalía para corroborar el motivo del crimen permitía formular una hipótesis de justificación —*i.e.*, el homicidio fue cometido en legítima defensa—. ¿Es ese testimonio suficiente para considerar que existe una hipótesis de inocencia que, de no ser refutada, conduciría a la absolución? En un sistema gobernado por la idea de las incumbencias probatorias, la falta de alegación u ofrecimiento de más pruebas por parte de la defensa sobre ese punto podría disminuir las chances de que la hipótesis emanada de ese testimonio sea considerada como una de las alternativas relevantes que debieran ser descartadas para habilitar una condena. De allí ese sentido más *directo y personal* de la insatisfacción de una carga o expectativa probatoria. En cambio, un sistema gobernado por el objetivo de la correcta determinación de los hechos es más compatible con la consideración de esa hipótesis como una alternativa relevante a aquella

proceso de comunicación que debe incluir a la persona imputada, en el que esta es llamada a dar una respuesta por el daño que ha causado. Ese llamo a responder implica que, una vez que la fiscalía haya probado los elementos del delito, el imputado *debiera* ofrecer una respuesta que puede involucrar la presentación de defensas de justificación y excusas. En su caso, si estas no fueran refutadas por la fiscalía, entonces existiría duda razonable sobre su responsabilidad penal (DUFF, 2007:198). Una crítica completa y contundente desde la perspectiva de la presunción de inocencia puede verse en DÍAZ (2023).

La posición también es debatible desde una perspectiva, si se quiere, más bien sustantiva. La propuesta de DUFF traza alguna distinción entre la conducta de quien no dañó y de quien dañó justificadamente. Sin embargo, ambos sujetos obran *correctamente*. De hecho, la tendencia actual en el análisis dogmático es desdibujar esa clase de distinciones. En este sentido, “[cuáles] puntos de vista parciales de la competencia del lesionado se tratan ya en el ámbito del tipo —en especial, bajo la palabra clave de la imputación objetiva— y cuáles lo son, por primera vez, en el ámbito de la antijuridicidad es tan solo una cuestión de convención y de conveniencia”, en ese sentido, “el divorcio entre el tipo y la antijuridicidad [...] no tiene ningún significado genuinamente sistemático en la teoría del delito”, pues “tras los distintos niveles del sistema del delito —dicho sea de paso, también en el nivel de las causas de exculpación— se encuentran principios valorativos idénticos” (PAWLIK, 2016:105-106).

propuesta por la acusación, sin perjuicio de cuál haya sido el comportamiento probatorio de la persona imputada y su defensa.

El punto aquí no es dilucidar cuál es el sistema que, a nuestro juicio, resulte más o menos compatible con ciertas exigencias normativas —como podrían ser aquellas relacionadas con el nivel de suficiencia probatoria que consideremos exigible para condenar—, sino mostrar que la manera de concebir el proceso penal no solamente es más o menos compatible con la incorporación de oficio, por parte del tribunal, de pruebas favorables a la defensa, sino que también puede incidir en la satisfacción o insatisfacción de las condiciones de justificación a la que sometemos la decisión condenatoria —y, obviamente, en la posibilidad de que la persona imputada reclame ante el tribunal que determinada situación de incertidumbre sea decidida a su favor—. Dicho de otro modo, la manera misma de satisfacer el estándar de certeza o de la *duda razonable* puede ser afectada, en este específico sentido, por consideraciones relacionadas con la existencia de reglas de incumbencia probatoria. En este sentido, más que como una necesidad o una obligación, la aportación de pruebas puede ser entendida como un interés mayor o menor de la persona acusada en producirla, dado el contexto procesal subyacente.

IV. Cargar con la prueba desde una perspectiva epistemológica: la presentación de hipótesis alternativas relevantes

1. En los puntos anteriores sostuvimos que *cargar con la prueba*, desde una perspectiva probatoria o procesal, no significaba tener un deber de aportación de pruebas, ni que esta actividad fuera técnicamente *necesaria* para la obtención de resultados probatorios favorables. Agregamos luego que, pese a ello, las posibilidades de que la persona imputada obtenga resultados probatorios ventajosos en condiciones de pasividad pueden ser más o menos compatibles con las características del sistema procesal subyacente. Desde esta perspectiva, el protagonismo de la carga de la prueba en un sistema probatorio puede ser un indicador de ciertas expectativas que pueden funcionar como un incentivo más fuerte para una defensa probatoriamente activa. Esto es, del mayor o menor *interés* del acusado en una defensa probatoriamente activa.

Sin embargo, incluso allí donde las características institucionales o sistémicas favorezcan la obtención de esa clase de resultados en condiciones de pasividad, puede todavía identificarse otro incentivo o interés en la aportación de pruebas o, si se quiere, otra manera en que la persona imputada podría *cargar con la prueba*.

Según veremos, dadas las cualidades de la prueba desde una perspectiva epistémica, la actividad o pasividad de la persona imputada podrá dificultar o facilitar, respectivamente, la satisfacción de las condiciones necesarias para condenar. Esto es así, concretamente, porque (i)

las decisiones probatorias son una actividad de justificación que involucra el análisis de hipótesis alternativas sobre los hechos, **(ii)** el planteo y la discusión de hipótesis alternativas plausibles aumenta las exigencias de justificación para preferir una hipótesis sobre otra y **(iii)** las hipótesis alternativas plausibles son aquellas que encuentran algún apoyo en prueba.

2. Una afirmación probatoria es, esencialmente, una afirmación *justificada*.³¹ Desde esta perspectiva la prueba es, ante todo, una actividad de *justificación* de un enunciado fáctico, es decir, un proceso dirigido a dar razones epistémicas para afirmar que dicho enunciado es verdadero o se corresponde con la realidad (DEI VECCHI, 2020:30-32; PÉREZ BARBERÁ, 2020a:14-15), para así demostrar que la decisión probatoria es *correcta* o bien se encuentra respaldada por el argumento correcto (GONZÁLEZ LAGIER, 2022:361).³² Esas razones epistémicas se incorporan al proceso a través de los medios de prueba³³ y estos fungen como justificación ofreciendo *apoyo empírico* o *inductivo* a los enunciados probatorios (v., entre otros, FERRER BELTRÁN, 2007:120-133).³⁴

³¹ Digo *esencialmente* porque hay diferentes posiciones sobre cuáles son las concretas exigencias de una afirmación probatoria desde una perspectiva epistemológica. Hay quienes opinan que la prueba exige conocimiento, es decir, de acuerdo con una definición tradicional, (i) la creencia de *p*, (ii) que esa creencia esté justificada y que (iii) *p* sea verdadero (HO, 2008:89-90). Una reciente defensa de la exigencia de conocimiento, aunque con una aproximación específica a la noción misma de conocimiento, puede verse en MOSS, 2021.

Otros consideran que puede bastar con una creencia justificada. Por ejemplo, PÉREZ BARBERÁ, 2021b:51. Más precisamente, el autor considera que la creencia justificada de *p* es una condición *suficiente*, pero no *necesaria*, en la medida que el juez también podría condenar si aceptara que *p está probado* con base en razones epistémicas (*idem*:51-52).

Para HO, lo que se exige es una creencia categórica, desinteresada y justificada (2008:86-106).

Para FERRER BELTRÁN, necesitamos la *credibilidad* de *p* sobre la base de la prueba, más la *aceptabilidad* de *p*, es decir, que la corroboración de *p* que la hace creíble sea suficiente a la luz del estándar probatorio aplicable (2021:200). En una obra anterior, el autor sostuvo que la actitud proposicional del juez frente a la prueba es la *aceptación*, pero que es exigible que, para aceptar *p*, el juez *crea* que *está probado p* (FERRER BELTRÁN, 2005:95).

Sin embargo, en ningún caso se niega la relación entre prueba y *justificación*.

³² Esto quiere decir que *justificar* una decisión es distinto de *explicarla*. Las decisiones judiciales exigen *justificación*. Mientras explicar “es responder a la pregunta *¿por qué?*”, es decir, “indicar las circunstancias, causas, motivos, etcétera”, justificar “es contestar a la pregunta *¿es correcto x?* [...] La justificación de la decisión requiere mostrar que hay razones correctas que la avalan, es decir, requiere mostrar que está respaldada por un argumento correcto. La inferencia probatoria trata de aportar razones justificativas, no razones explicativas” (GONZÁLEZ LAGIER, 2022:361).

Sobre la distinción general entre creer y aceptar puede verse GONZÁLEZ LAGIER, 2020:88-89 o PÉREZ BARBERÁ, 2020b, entre otros.

³³ En rigor, son los enunciados o las proposiciones probatorias. Las relaciones de justificación solamente se entablan entre entidades lingüísticas, no entre hechos o acciones (DEI VECCHI, 2020:32-33).

³⁴ Para DEI VECCHI, de allí surge la relación conceptual entre proceso, prueba y verdad. Resumidamente, el proceso judicial requiere decisiones justificadas, interna y externamente. La justificación externa de la decisión incluye la justificación no solo de la premisa normativa, sino de la premisa fáctica, y las únicas razones que pueden justificar proposiciones fácticas son las razones epistémicas, es decir, las pruebas relevantes, y las pruebas relevantes son aquellas indicadoras de la verdad de dicha proposición (2020:28-34).

Si bien existen diferentes acercamientos a la manera en la que los medios de prueba ofrecen ese apoyo inductivo, o la manera en que esa justificación es construida, existe un consenso más o menos generalizado en que el ejercicio que nos lleva desde el dato hasta la afirmación probatoria involucra la evaluación de explicaciones o hipótesis alternativas sobre ese dato.

2.1. La valoración de la prueba por intermedio de una noción de probabilidad lógica o inductiva explica el apoyo empírico o inductivo de las hipótesis en la corroboración de las predicciones — o consecuencias observacionales— que podemos derivar de ellas. Concretamente, al valorar la prueba derivamos predicciones o consecuencias observacionales de las hipótesis en trato y, si esas predicciones o consecuencias observacionales se cumplieren, entonces la hipótesis habrá obtenido apoyo inductivo (FERRER BELTRÁN, 2007:131). Por ejemplo, si *A* disparó el arma —hipótesis—, entonces se encontrarán rastros de pólvora en su mano —predicción o consecuencia—. Si esos rastros fueran hallados, aportarían apoyo a la hipótesis de que *A* disparó el arma.

Sin embargo, aunque halláramos esos rastros, la hipótesis de que el arma fue disparada por *A* no quedaría necesariamente confirmada:

Puede suceder perfectamente que la misma predicción *P* pueda formularse a partir de diversas hipótesis, en cuyo caso la constatación de que se cumple *P* no es un elemento de juicio para preferir alguna de ellas y, por tanto, no otorga a ninguna una probabilidad mayor que las otras. De hecho, es lo normal que puedan formularse distintas hipótesis sobre los hechos que sean capaces de explicar los mismos datos (2007:133-134).³⁵

En consecuencia, el apoyo inductivo de la hipótesis también depende de que, si no fuera cierta la hipótesis, entonces muy probablemente tampoco fuera cierta la predicción o consecuencia observacional. Es decir, si no fuera el caso que *A* disparó el arma, sería muy extraño encontrar rastros de pólvora en su mano. Esto quiere decir que la justificación de la hipótesis de que *A* disparó el arma exige evaluar posibles explicaciones alternativas a la presencia de pólvora en sus manos.³⁶

2.2. Un ejercicio similar viene propuesto por una teoría radicalmente distinta sobre la valoración de la prueba o la confirmación de hipótesis. Las teorías fundadas en la probabilidad cuantitativa, como el *bayesianismo*, también involucran un ejercicio de evaluación de hipótesis o explicaciones alternativas. El teorema de BAYES permite calcular la probabilidad condicional de

³⁵ En el mismo sentido, más recientemente, “[l]a corroboración de una hipótesis, estando en un razonamiento propio de la inducción eliminativa, se produce al ir resistiendo esta las sucesivas pruebas e irse eliminando hipótesis alternativas que sean capaces de explicar y predecir lo mismo” (FERRER BELTRÁN, 2021:214)

³⁶ En este mismo sentido, la contrastación de una hipótesis depende de “las predicciones que hayan resultado ser verdaderas”, pero también de “la improbabilidad de que otras hipótesis *H'* dé cuenta de los mismos datos y permite formular las mismas predicciones verdaderas” (FERRER BELTRÁN, 2007:138).

una hipótesis, dada determinada evidencia (p/h). Para ello, el cálculo de probabilidad parte del valor correspondiente a la probabilidad de la hipótesis, sin consideración de la evidencia (p. ej., la probabilidad de que *A* haya disparado antes de considerar la existencia de los rastros de pólvora en su mano), y de la probabilidad de la evidencia, sin consideración de la hipótesis (p. ej., la probabilidad de que rastros de pólvora hayan sido encontrados en la mano de *A* sin que haya disparado el arma). Luego, a partir de una fórmula matemática, es posible calcular “el impacto del elemento de juicio *E* en la probabilidad de *H*, es decir, pasar de la probabilidad de *H* antes de forma en cuenta el nuevo elemento de juicio *E* [...] a la probabilidad condicionada de que *H* sea verdadera dado que se conoce *E*” (FERRER BELTRÁN, 2007:108-110). Lo interesante es que, dada la manera en la que opera la fórmula, cuanto mayor sea el grado de probabilidad previa de la evidencia, menor será la confirmación que aporte a la hipótesis y a la inversa. Es decir, una vez más, cuanto mayor sea la probabilidad de que la evidencia se dé en el mundo sin consideración de la hipótesis —o, lo que es igual, cuantas más hipótesis alternativas puedan explicar la prueba— menos razones tendremos para elegirla sobre las otras.

Las teorías que caracterizan a la prueba como una inferencia a la mejor explicación, antagónicas a las teorías cuantitativas, también razonan a través de la evaluación de hipótesis alternativas.

2.3. De acuerdo con la teoría explicativa de la prueba (*explicationism*) o de la plausibilidad relativa, la prueba es un procedimiento explicativo y las decisiones judiciales son evaluaciones de la plausibilidad relativa de las diferentes explicaciones, narraciones o relatos de los hechos presentados por las partes (ALLEN, 2008). Específicamente en lo que hace a la decisión de casos penales, ALLEN piensa que la decisión sobre la responsabilidad de la persona acusada consiste en la selección de una versión plausible de la culpabilidad y, además, en la inexistencia de una versión plausible de su inocencia (2010:123). En particular, en el juicio penal, “[l]as partes tratan de exhibir las debilidades de los argumentos de sus oponentes pero, principalmente, intentan mostrar que su propia versión de la realidad es verdadera” y “la funcionalidad de la prueba en los procesos judiciales opera comparativamente respecto de las versiones de los hechos presentadas por las partes” (*idem*: 134-135). En definitiva, el ejercicio probatorio involucra, esencialmente, la contemplación de explicaciones o hipótesis alternativas.

Desde una perspectiva similar, que también explica a la prueba como una inferencia a la mejor explicación, AMAYA sostiene que la toma de decisiones en un proceso judicial es un proceso de maximización de la coherencia, en el que la elección de la mejor hipótesis disponible —la más *coherente*— es sensible al contexto de justificación y, más precisamente, a las explicaciones alternativas disponibles (2010:38, o 2013:4-5, 14-18).

También para HO la deliberación jurídica sobre la prueba involucra la comparación y eliminación de hipótesis alternativas (HO, 2008:143-151), y la lista sigue y sigue.

3. Sin embargo, no se trata solo de que la prueba *involucre* la evaluación de hipótesis alternativas, sino de que el planteo y discusión de hipótesis alternativas relevantes exija que aumentemos nuestros esfuerzos de justificación para preferir otra hipótesis por sobre ellas. Esta idea también está reflejada en las más variadas aproximaciones a las características de la prueba como actividad de justificación epistémica. Para comenzar,

[e]l proceso de prueba debe demostrar que la versión escogida es más sólida —está mejor justificada por medio de argumentos— que las versiones alternativas. Pero *el mero hecho de que haya otras versiones posibles y creíbles* —aunque sean menos creíbles— *resta solidez* a la conclusión de la inferencia probatoria (GONZÁLEZ LAGIER, 2022:394, el destacado fue añadido).

En otras palabras, si la presentación de alternativas plausibles *resta solidez* a la confirmación de la hipótesis principal, entonces esa presentación aumenta las exigencias de justificación de quien pretende elegirla.³⁷

También AMAYA considera que la necesidad de enfrentar buenas hipótesis alternativas modela nuestras exigencias de justificación. Entre los rasgos del contexto de justificación que son relevantes para fijar los estándares de justificación, AMAYA ubica los *rasgos dialécticos* de la explicación y advierte lo siguiente:

Las prácticas de justificación tienen lugar en un contexto dialéctico que constriñe qué es lo que puede darse por sentado y qué es lo que, por el contrario, requiere ser justificado. El hecho de mencionar una hipótesis que tiene capacidad de derrotar a aquella que ha sido, provisionalmente, aceptada como justificada, obliga a

³⁷ Similar es el razonamiento que hace FERRER BELTRÁN cuando considera que uno de los elementos que exhibe diferentes niveles de exigencia probatoria en un estándar es cuán demandantes resulta con relación a la refutación de hipótesis alternativas (2021:208-225). El punto es, entonces, que la refutación de hipótesis alternativas puede aumentar o disminuir nuestras exigencias de justificación, pero no necesariamente que la refutación de hipótesis alternativas pueda determinar, junto con otros criterios, diferentes *umbrales* de suficiencia probatoria. Este último es, sin dudas, el punto que pretende FERRER BELTRÁN (2021), pero no es necesario a nuestros fines. Ese punto, relacionado con la posibilidad de definir con precisión diferentes *umbrales* de suficiencia probatoria ha sido discutido, por ejemplo, por GONZÁLEZ LAGIER, quien señala que la gradualidad de la confirmación de las hipótesis hace imposible la tarea que se propone FERRER BELTRÁN. A grandes rasgos, la satisfacción de cada criterio de confirmación de hipótesis es gradual y, a la vez, la baja satisfacción de un determinado criterio podría venir compensado por la alta satisfacción de otros, de manera que ser muy exigentes con la refutación de hipótesis alternativas no garantiza, necesariamente, un umbral probatorio mayor si la cantidad de elementos de juicio que apoya la hipótesis es muy bajo o muy pobre en comparación con otro caso en el que esos elementos sean más, más variados y mejores, y la refutación de alternativas menos exigente. Véase GONZÁLEZ LAGIER, 2020. En un sentido similar véase DEI VECCHI, 2014 y 2019.

incrementar el nivel de exigencia o, lo que es lo mismo, el umbral de justificación” (2010:40-41).

En un sentido similar, al analizar el contenido del estándar *más allá de toda duda razonable*, MOSS explica que:

los estándares epistémicos pueden ser entendidos en términos de *alternativas relevantes* —a grandes rasgos, las posibilidades que deben ser descartadas por un sujeto para afirmar que conoce un determinado enunciado—. *Al discutir posibilidades, las hacemos relevantes. A medida que más posibilidades se hagan relevantes, nuestros estándares epistémicos se vuelven más estrictos y resulta más difícil realizar verdaderas adscripciones de conocimiento* (2021:6, mi traducción desde el original y el resaltado me pertenece).

En definitiva, la presentación y discusión de hipótesis alternativas, compatibles con la inocencia de la persona imputada, genera un contexto *dialéctico* que incrementa las exigencias de justificación de la hipótesis acusatoria. Esto no basta, sin embargo, para fundar un incentivo para una defensa probatoriamente activa, ya que en todo caso bastaría con formular un sinnúmero de hipótesis rivales y esperar a que la parte contraria las refutara.

Sin embargo, aquellas hipótesis cuya presentación y debate generará ese contexto dialéctico de justificación —que, a su vez, incrementará las exigencias de justificación de la hipótesis acusatoria— son aquellas que resulten mínimamente plausibles o relevantes. Nos referimos a esta condición a continuación.

4. Determinar qué clase de hipótesis compatibles con la inocencia del acusado precisamos descartar para poder decidirnos por la acusación es uno de los grandes problemas de la decisión sobre los hechos en casos penales y del razonamiento probatorio en general.

Existen diferentes criterios epistémicos para delimitar cuáles son esas alternativas relevantes. Por ejemplo, no sería necesario descartar aquellas hipótesis que fueran autocontradictorias o que no tuvieran apoyo alguno en nuestro conocimiento general sobre el mundo o en la prueba del caso (HO, 2008:164). En ese sentido, la hipótesis alternativa a la acusación podría ser una mera hipótesis *ad hoc* que, por definición, es imposible de confirmar o refutar (FERRER BELTRÁN, 2021:223-225)³⁸ y es en general aceptado que una justificación correcta no exige la refutación de conjeturas de esa clase.

³⁸ FERRER BELTRÁN trae a colación un clásico ejemplo de CHALMERS para ilustrar el caso de las hipótesis *ad hoc*. Se trata del caso de un rival de Galileo, que quería afirmar que la luna era una esfera lisa y no, como la describía Galileo, como una superficie llena de montañas y cráteres. Para ello, su adversario “[s]ugirió que había una sustancia invisible en la Luna que llenaba los cráteres y cubrías las montañas de tal manera que la forma de la luna era perfectamente

Sin embargo, sin necesidad de que se trate de una mera hipótesis *ad hoc*, podría tratarse de una hipótesis que carezca de cualquier clase de apoyo en pruebas, cuya presentación y discusión tampoco conseguirá generar un auténtico contexto dialéctico en el que las exigencias de justificación de la acusación se intensifiquen. Por el contrario, la fuerza de la prueba de la acusación aumentará allí donde las hipótesis alternativas sean demasiado fantasiosas como para ser tenidas en consideración como alternativas relevantes (HO, 2008:201).³⁹

En definitiva, las teorías conspirativas, fantasiosas o completamente implausibles, por más que sean presentadas y discutidas, no generarán el contexto contradictorio de justificación que, según propusimos, conlleva un incremento en las exigencias de justificación de la acusación. En cambio, la presentación y discusión de alternativas compatibles con la inocencia que resulten mínimamente plausibles aumentará las exigencias de justificación para decidimos por la hipótesis acusatoria, y viceversa.

Se hace necesaria una aclaración. Que una hipótesis defensiva tenga apoyo en pruebas no quiere decir, necesariamente, que tenga pruebas *específicas* a su favor. Una hipótesis de inocencia puede ser plausible para explicar, al igual que la acusatoria, la prueba disponible y producida por la acusación y no haber sido refutada, o bien puede contar, además, con pruebas específicas a su favor (v., en este sentido, FERRER BELTRÁN, 2021:210-225). Así, a la defensa podría bastarle con indicar cuáles son las pruebas producidas en el caso que sirven de apoyo empírico para su hipótesis.⁴⁰

En síntesis, aunque la formulación de hipótesis defensivas y la aportación de pruebas no pueda ser caracterizada como una obligación o incumbencia propia del acusado, un análisis de la prueba como un caso de justificación epistémica revela que la persona acusada puede tener un claro

esférica”, pero cuando Galileo preguntó cómo podía detectarse la presencia de la sustancia invisible, su rival respondió que “no había manera de poderla detectar” (2021:224, con cita de CHALMERS, 1976).

³⁹ Nótese que ni siquiera la posición de MAIER, citada al comienzo de este trabajo como una de aquellas que resultan reacias a la adjudicación de cargas probatorias al imputado, parece contradecir estas conclusiones. A su juicio, la “falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una carga de justificación, de inculpabilidad o de impunidad *de existencia probable*” debiera conducir, en todo caso, a “su afirmación” (MAIER, 2004:500, 507). Es decir que aquellos hechos impositivos de la condena que es necesario refutar con certeza son los de *existencia probable*, lo cual puede ser razonablemente interpretado como aquellos que, de algún modo, tengan apoyo inductivo en la prueba del caso.

⁴⁰ Desde este punto de vista, podría bastar con que la persona imputada “alegue” la defensa e indique las pruebas en las que se funda. Podría decirse, entonces, que la “carga” de la defensa sería la carga de “alegar”. En los sistemas provenientes del *common law*, carga de formular sus alegaciones o de *alegar* (*plead*), esto es, la carga de poner en conocimiento del tribunal y de las partes los asuntos que constituirán el objeto de la disputa. El objetivo de esta carga es práctico, dirigido a simplificar el caso, ya que indica qué parte de la realidad será relevante para el litigio y para la prueba (ALLEN, 2014:198, ROBINSON, 1982:250-251). Sin embargo, la noción de carga nos enfrentaría aquí con problemas similares a los ya evaluados. Alegar y señalar las pruebas no sería, necesariamente, un deber ni una condición necesaria para obtener una situación ventajosa, pero no sería indiferente para el resultado probatorio del juicio.



interés en la realización de semejantes actividades, en la medida en que, en determinadas circunstancias, ello le permitirá dificultar la tarea de alcanzar el nivel de suficiencia probatoria necesario para condenarla.

5. Veamos a continuación algunas posibles objeciones a esa conclusión.

5.1. La posición antes expresada no implica que la falta de presentación de una hipótesis alternativa a la acusatoria por parte de la defensa obligue a aceptarla, ni que esta alternativa de defensa sea la única con probabilidades de éxito. La persona imputada y su defensa pueden dedicarse a socavar el apoyo inductivo de la hipótesis acusatoria de diferentes maneras y, de hecho, es posible pensar en casos en los que la mejor defensa es una defensa probatoriamente pasiva. Por ejemplo, la defensa podría dedicarse solamente a demostrar que la acusación no está apoyada en suficientes elementos de juicio, o que estos no son muy variados, o que estos no están bien conectados con la hipótesis porque las generalizaciones empíricas que los conectan son poco confiables, etcétera.⁴¹ Sin embargo, nada de esto niega la tesis antes expresada. Sigue siendo cierto que, dadas las características de la prueba como una actividad de justificación epistémica, si se presentaran y discutieran hipótesis alternativas plausibles —esto es, fundadas en prueba—, el apoyo inductivo de esa hipótesis principal se socavaría todavía más. En otras palabras, si la decisión sobre los hechos de un caso penal puede ser explicada como un proceso de análisis y descarte de hipótesis alternativas, la propuesta de una hipótesis rival plausible por parte de la persona imputada puede modificar sensiblemente el contexto en el cual realizamos esa determinación final y aumentar las exigencias de justificación de la acusación.⁴²

5.2. Esta tesis tampoco es necesariamente incompatible con una definición del estándar de prueba penal según la cual la condena demande la refutación de *todas* las hipótesis alternativas compatibles con la inocencia del acusado que tengan apoyo en pruebas, hayan sido o no planteadas por la defensa. Aun con semejante estándar, sigue siendo cierto que la *presentación y discusión* por parte de la persona imputada y su defensa de hipótesis alternativas incrementará la dificultad de alcanzarlo, porque es la *presentación y discusión* de alternativas relevantes la que genera el contexto dialéctico que dificulta la justificación de la acusación.⁴³

⁴¹ Sobre estos y otros criterios de racionalidad epistemológica véase GONZÁLEZ LAGIER, 2022:383-394.

⁴² Por último, que la efectiva proposición y discusión de hipótesis alternativas relevantes sea o no *conveniente* en determinados casos es un asunto que tampoco perjudica nuestra tesis. Considerar que la mejor estrategia, en determinados casos, sea una defensa pasiva, no quita que esta estrategia no sea la más plausible en otros.

⁴³ El razonamiento es similar si pensáramos que una investigación diligente y objetiva de la fiscalía debiera revelar todas las posibles hipótesis de inocencia y, eventualmente, refutarlas. Al margen de que, aun una investigación diligente podría no garantizar, según las circunstancias de cada caso, la revelación de *todas* las hipótesis alternativas plausibles, seguiría siendo cierto que su presentación y discusión por parte de la defensa dificultaría todavía más la justificación de la acusación.

En este sentido, la tesis presentada no implica que el ejercicio de contradicción defensiva, a través de la formulación de hipótesis alternativas —y el eventual ofrecimiento de prueba— se presente como una condición normativa o epistémica del juicio, o que no corresponda al tribunal, en los casos en los que correspondiere, contrarrestar o compensar defectos en la actuación de la defensa, sino, una vez más, mostrar que esa actividad puede dificultar la tarea orientada a la corroboración de su culpabilidad.⁴⁴

Es por esta razón que la tesis propuesta no implica la adopción de una suerte de estándar de prueba variable de acuerdo con cuál fuera el comportamiento probatorio de la persona imputada y su defensa.⁴⁵ La presentación y discusión de hipótesis alternativas relevantes eleva las exigencias de justificación necesarias para que la acusación alcance el nivel de suficiencia probatorio necesario para condenar, pero no implica una variación de ese nivel. Se trata, sencillamente, de hacer más fácil o más difícil la satisfacción de ese mismo estándar, dadas las características del contexto de justificación circundante.⁴⁶

Desde este punto de vista, esta tesis según la cual la pasividad de la persona imputada no es indiferente para el resultado probatorio del juicio, porque puede facilitar o dificultar la tarea de satisfacer las exigencias de justificación necesarias para condenar, no nos enfrenta con alteraciones en el nivel de suficiencia probatoria al que se encuentra condicionada la condena y, por ello, no nos enfrenta con problemas normativos semejantes a aquellos que enfrenta la idea de que hay hechos cuya corroboración le *corresponde* o *está a su cargo*, idea cuya vaguedad, espero, ya haya quedado demostrada.

5.3. Por último, la tesis presentada tampoco compromete la garantía que prohíbe la autoincriminación forzada,⁴⁷ porque no involucra la realización de inferencias adversas al silencio del acusado. Para comenzar, no se trata aquí del silencio del acusado. El acusado podría permanecer en silencio y su defensa ser activa probatoriamente y proponer diversas hipótesis

⁴⁴ Esta es la preocupación de DÍAZ, quien formula un convincente argumento normativo para defender que “la hipótesis implicada en la presunción de inocencia a vencer por el acusador *no necesita* una actividad por parte del acusado” (2007:148, y en general v. 138-167), y la tesis que aquí se presenta no supone lo contrario, sino simplemente que, en determinados contextos, la actividad defensiva puede dificultar la tarea de corroboración de la hipótesis acusatoria y, en esa medida, elevar la exigencias de justificación de la condena. El propio DÍAZ advierte, en este sentido, que su posición no implica negar que “el producto del ejercicio del contradictorio no resulte un elemento valioso para obtener un conocimiento fiable en el proceso y así medir la justificación del caso de la acusación o la fundamentación de la decisión del juez” (*idem*:166).

⁴⁵ A favor de un estándar de prueba variable en los procesos penales puede verse FERRER BELTRÁN 2021:154-166.

⁴⁶ Un argumento similar utiliza ARENA para explicar los efectos de un análisis con “perspectiva de género” en el estándar de prueba (2020:253-254).

⁴⁷ Sobre la incoercibilidad del imputado como órgano de prueba, v., p. ej., MAIER, 2004:595, 664-675. Otra clase de análisis sobre el caso del “acusado silencioso” puede verse en LAUDAN:2006, 212-218. Otra argumentación en contra de la conservación de la garantía contra la autoincriminación forzada en el ámbito del proceso penal estadounidense puede verse en ALLEN, 1996.

alternativas de inocencia.⁴⁸ En segundo lugar, la inferencia que la garantía prohíbe es aquella según la cual la persona que guarda silencio es más probablemente culpable, pero ese no es nuestro argumento.⁴⁹ La pasividad de la persona imputada no es interpretada aquí como un elemento de juicio a favor de la hipótesis acusatoria. No se trata de una de aquellas predicciones o consecuencias que, de verificarse, aportarían apoyo inductivo a la acusación (*i.e.*, p. ej., que si *A* disparó el arma y es culpable, probablemente permanecerá pasivo, de manera que, si permanece pasivo, entonces es más probablemente culpable). De lo que se trata es de notar que, si la persona imputada presentara y discutiera alternativas plausibles a la acusación, dificultaría la tarea de justificación necesaria para preferir esa hipótesis por sobre la suya.⁵⁰

V. Algunas conclusiones

Hemos dicho que, en los juicios penales, existen desacuerdos sobre la posibilidad de adjudicar cargas probatorias a los imputados y su compatibilidad con la presunción de inocencia. Dijimos que al menos una parte de esos desacuerdos podía ser explicada por las confusiones que genera el concepto mismo de *carga probatoria*. Concretamente, mostramos que:

1. desde una perspectiva procesal o probatoria, la carga probatoria no implica la adjudicación de un deber de aportación de pruebas, ni que esta aportación de pruebas sea condición *necesaria* para la obtención de resultados probatorios favorables, siempre que en el proceso rija el principio de comunidad probatoria o de adquisición procesal;

2. desde una perspectiva sistémica y comparada, la carga de la prueba puede ser indicadora de una determinada manera de concebir el proceso penal y, según vimos, algunas de ellas son menos compatibles con la posibilidad de que la persona imputada obtenga resultados probatorios favorables por parte de otros sujetos del proceso —principalmente, del tribunal—, de manera que, de acuerdo con la concepción o cultura procesal subyacente, los incentivos para la aportación de pruebas pueden variar y la persona imputada puede tener un *interés* mayor o menor en hacerlo; y

3. desde una perspectiva epistémica, incluso allí donde las características sistémicas o institucionales favorecen la posibilidad de obtener resultados ventajosos pese a la pasividad

⁴⁸ Véase, como ejemplo, el caso de O. J. Simpson relatado en ALLEN, 1996.

⁴⁹ V., p. ej., BUOSI:2023.

⁵⁰ Esta forma de razonar guarda algún punto de conexión con aquella que propone H^O sobre un posible uso autorizado o legítimo, en el sistema anglosajón, de la llamada *similar fact evidence* —esto es, prueba sobre comportamientos reprobables previos del acusado, como podrían ser antecedentes criminales—. Él identifica el uso prohibido de esa prueba como uno en el que se considere que esa clase de prueba, por sí misma, aumenta la probabilidad de la culpabilidad, y el uso permitido como aquel en el que la prueba apoya la inferencia de culpabilidad de manera *indirecta*, como una *llave* para *interpretar* el conjunto de pruebas ya existente, al ofrecer una *explicación* para la conducta del acusado que está fundamentada en las características de la ofensa y las razones que motivaron al agente (2008: 302-305).



probatoria, la presentación y discusión de alternativas relevantes compatibles con la inocencia puede dificultar la tarea de justificación de la acusación, de manera que también desde este punto de vista la persona imputada puede tener un *interés* en el desarrollo de una defensa probatoriamente activa.

En definitiva, cuando discutimos sobre la posibilidad de que las personas imputadas carguen con la prueba de determinados hechos podemos estar queriendo decir cosas muy diferentes. Aquí evaluamos algunas de ellas y mostramos que, aunque sea en general inexacto sostener que la prueba de determinados hechos *incumbe* o *está a cargo* de la persona imputada, no es cierto que ella no tenga razones para arrimar prueba al proceso, o que ello siempre impacte en una variación del estándar de prueba penal. Algunos contextos procesales son más incompatibles con la obtención de resultados probatorios favorables para la persona imputada a partir de la actividad de otros sujetos y, en general, dadas las características de la prueba como actividad de justificación epistémica, la presentación y discusión de alternativas relevantes a la hipótesis acusatoria dificultará la tarea de satisfacer el nivel de suficiencia probatoria necesario para condenar. Por ello, la idea de carga probatoria puede ser mejor entendida como el mayor o menor interés que la persona imputada puede tener, por razones institucionales o epistémicas, en una defensa probatoriamente activa.

Bibliografía

ACCATINO, 2019: Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 39, 84-102.

ALLEN, 1980-1981: “Structuring jury decisionmaking in criminal cases: A unified constitutional approach to evidentiary devices”, 94 *Harv. L. Rev.* 321, n. 2, ps. 321-368.

—1996: “The Simpson Affair, Reform of the Criminal Justice Process, and Magic Bullets”, 67 *U. Colo. L. Rev.* 989, ps. 989-1026.

—2008: “Explanationism All the Way Down”, *Episteme*, 5, ps. 320-328

—2014: *Law, Probability and Risk*, vol. 13, pp. 195-209.

AMAYA, 2010: “Diez tesis acerca de la coherencia en el Derecho”, *Revista Discusiones*, número X —*La Coherencia en el Derecho*—, pp. 21-64.

—2013: “Coherence, evidence and legal proof”, *Legal Theory*, 19, Cambridge University Press, 1-43.

ARENA, 2020: “Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género”, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Vol. 1, ps. 247-258.

BUOSI, 2023: “Sobre la prohibición de realizar inferencias adversas al silencio de la persona acusada en la etapa de juicio. Análisis crítico sobre los argumentos epistémicos y constitucionales”, en ROVATTI y LIMARDO (dirs.), *Pensar la prueba*, volumen III, Editores del Sur, Buenos Aires, ps. 19-70.

CHALMERS, 1976: *What is This Thing Called Science?: An Assessment of the Nature and Status of Science and its Methods*, 2ª edición, Santa Lucía (Queensland) University of Queensland Press 1982. Citado por la traducción al castellano de PÉREZ SEDEÑO, E. y LÓPEZ MÁÑEZ, P., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia? Una valoración de la naturaleza y el estatuto de la ciencia y sus métodos*, Madrid, Siglo XXI editores, 1991.

DAMAŠKA, 1997: *Evidence Law Adrift*, New Haven & London: Yale University Press, citado por su traducción al español de PICÓ I JUNOY, 2015, *El derecho probatorio a la deriva*, Marcial Pons, Madrid.

—2003: *Law, Probability and Risk*, vol. 2, ps. 117-130.

DEI VECCHI, 2014: “Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, ps. 237-261.

—2016: “La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva” en 273-195, en FERRER BELTRÁN y VÁZQUEZ (eds.), *Debatiendo con Taruffo*, Madrid, Marcial Pons.

—2019: “La no tan sana crítica racional”, *En Letra: Derecho Penal*, Año VI, número 9, ps. 40-55.

—2020: “Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión”, en ROVATTI y LIMARDO (dirs.), número 1, Buenos Aires, Editores del Sur, ps. 27-54.

DÍAZ, 2024: “Discusiones en torno a la presunción de la inocencia en el ámbito jurídico angloamericano”, *Derecho PUCP*, nro. 92, pp. 233-267.

—2023: “Definiciones en torno a la presunción de inocencia en un sistema penal liberal-comunitario”, en Beade, Braccacini y Mollis (eds.), *Castigo, proceso y teoría política*, Madrid, Marcial Pons.

DUFF, 2007: *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing.

COHEN, 1992: *An Essay on Belief and Acceptance*, Oxford, Clarendon Press.

FERRAJOLI, 1989: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, novena edición, Madrid: Ed. Trotta, citado por su traducción al castellano de por ANDRÉS IBÁÑEZ y otros en la edición de 2009.

FERRER BELTRÁN, 2005: *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons.

—2007: *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.

—2019: “La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario”, en *Contra la carga de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, pp. 53-87.

—2021: *Prueba sin convicción*, Madrid, Marcial Pons.

—2022: “La decisión probatoria” en FERRER BELTRÁN (coord.), *Manual de Razonamiento probatorio*, Suprema Corte de la Justicia de la Nación de México, Ciudad de México, ps. 397-451.

FLETCHER, 1968: “Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases”, 77 *Yale L. J.* 880, ps. 880-935.

GRAY, 2017: “The presumption of innocence under attack”, *New Criminal Law Review*, vol. 20, nro. 4, pp. 569-615.

GONZÁLEZ LAGIER, 2020: “¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nro. 23, ps. 79-97.

—2022: “Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba” en FERRER BELTRÁN (coord.), *Manual de Razonamiento probatorio*, Suprema Corte de la Justicia de la Nación de México, Ciudad de México, ps. 353-395.

HAACK, 2014: *Evidence matters: science, proof, and truth in the law*, New York: Cambridge University Press.

HO, 2008: *A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth*. Oxford: Oxford University Press.

—2011: “Comparative Observations on the Burden of Proof for Criminal Defences”, *International Commentary on Evidence*, vol. 9, nro. 2, pp. 1-25.

LAUDAN, 2005: “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28, ISSN: 0214-8676, ps. 95-113

—2006: *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge University Press, citado por su traducción de 2013 al castellano de VÁZQUEZ y AGUILERA, *Verdad, error y proceso penal*, Madrid, Marcial Pons.

LANGER, 2004: “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure», *Harvard International Law Journal*, 2004, vol. 45. Citado por su traducción al castellano de Lucas Tassara: «De los trasplantes a las traducciones legales: la globalización del *plea bargaining* y la tesis de la ‘americanización’ en el proceso penal», *Revista Discusiones*, nro. 21, 2018: 25-134.

—2005: “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en MAIER y BOVINO (comps.), *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, ps. 97-133.

—2007: *Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of legal ideas from the periphery*, *The American Journal of Comparative Law* 55, 617-676, citado por su versión en español, “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia”, CEJA, 2008.

MAIER, 2004: *Derecho procesal penal*, Tomo I: Fundamentos, Buenos Aires, Editores del Puerto.

—2011: *Derecho procesal penal*, Tomo III: Actos procesales, Buenos Aires, Editores del Puerto.

MORGAN, 1954: *Basic Problems of Evidence*, Philadelphia, Committee on Continuing Legal Education of the American Law Institute.

MOSS, 2021: “Knowledge and Legal Proof”, *Oxford Studies in Epistemology* 7, *Oxford University Press*.

NIEVA FENOLL, 2019: “La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida”, en *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, pp. 23-52.

PAWLIK, 2016: *Ciudadanía y Derecho Penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier, Barcelona, traducción de ROBLES PLANAS, PASTOR MUÑOZ, COCA VILA y GARCÍA DE LA TORRE.

PÉREZ BARBERÁ, 2020a: “Prueba legítima y verdad en el proceso penal I: la independencia metafísica de la verdad”, *Isonomía*, nro. 52, pp. 5-29.

—2020b: “Prueba legítima y verdad en el proceso penal II: La dependencia epistémica de la prueba”, *Isonomía*, nro. 52, pp. 31-62.

ROBERTS & ZUCKERMAN, 2010: *Criminal Evidence*, 2da. edición, Oxford, Oxford University Press.



ROBINSON, “Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis”, *Columbia Law Review*, Vol. 82, nro. 2, pp. 199-291.

TARUFFO, 2008: *La prueba*, citada por su traducción al castellano de MANRÍQUEZ y FERRER BELTRÁN, Marcial Pons, Madrid.
—2019: “Casi una introducción”, en *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, ps. 11-21.

THAYER, 1969: *Al preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, South Hackensack-New York, Rothman Reprints Inc. & Augustus M. Kelley Publishers.

UNDERWOOD, 1977: “The Thumb on the Scales of Justice: Burdens of Persuasion in Criminal Cases”, 86 *Yale L. J.*, pp. 1299-1348.