

XIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA

23 y 24 de octubre de 2014

AZUL – ARGENTINA

LA PRUEBA JUDICIAL EN UN PROCESO REPUBLICANO

APORTES DESDE EL GARANTISMO PROCESAL

ESTANDARES DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Por Gabriel H. Di Giulio¹

Sumario: 1. Consideraciones iniciales. Estándar de prueba. 2. Las exclusiones probatorias como horizonte de los estándares probatorios. 3. Doctrina del fruto del árbol venenoso como horizonte del estándar de la prueba. 4. El imputado como sujeto de derechos. 5. El imputado como fuente de prueba y como objeto de prueba. 6. Valoración de la prueba en el derecho anglosajón. 6.1. Preponderance of the Evidence (La preponderancia de la evidencia). 6.2. Clear and convincing evidence (Pruebas claras y convincentes). 6.3. Beyond a reasonable doubt. (Evidencia más allá de toda duda razonable). 6.3.1. Estados Unidos. 6.3.2. Reino Unido. 6.4. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 7. Objetividad en la investigación e imparcialidad en el juzgamiento. 8. Racionalidad del Juzgamiento. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía Específica

1. Consideraciones iniciales. Estándares de prueba

Considerar estándares² de la prueba en el proceso penal implica reconocer

¹ Profesor Titular Ordinario de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires. Investigador de la UNICEN. Doctor en Derecho. Magíster en Derecho Procesal. Especialista en Magistratura. Contacto: gabriel.digiulio@azul.der.unicen.edu.ar.

la existencia de lineamientos o patrones esenciales para su eficiencia como correlato de una condena.

En otras palabras, conduce a los parámetros necesarios para un pronunciamiento condenatorio válido en cuanto a la confirmación del hecho punible y autoría penalmente responsable.

Esto es así por las siguientes razones. En el ámbito del proceso penal incumbe la iniciativa probatoria o carga de la prueba (aunque gran parte de la doctrina no admita este vocablo) a quien asume el rol de persecuidor o acusador. La prueba, en consecuencia, se erige inicialmente como antecedente necesario de una condena. La ausencia de prueba, por el contrario, no modifica el estado de cosas. De ahí que los estándares de la prueba delimitan, por regla, el sustento de la condena, no de la absolución. Excepcionalmente la absolución puede estar determinada por estándares de la prueba cuando hecho y autoría han sido confirmados, pero la defensa arguye la existencia de un hecho extintivo, impeditivo o invalidativo del constitutivo (delito), que desplaza la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad o incluso sólo la punibilidad. Cuando esto ocurre en el proceso penal no se produce un desplazamiento de la carga probatoria, sino una convergencia de cargas probatorias que pesan sobre las partes sobre hechos diferentes, o lo que es equivalente en sentido procesal: sobre aspectos diversos de un mismo hecho procesal. Pesará en el Ministerio Público Fiscal la carga (o iniciativa) de probar el hecho en su exteriorización material y la participación del imputado, y sobre éste pesará la carga de probar, por ejemplo, el hecho impeditivo. Así entonces mientras el Fiscal carga con la prueba del homicidio, el reo carga con la prueba de la legítima defensa que ha invocado.

La segunda razón que direcciona el estándar de la prueba con la condena

2 La Real Academia Española, en su Vigésima Tercera Edición, define la palabra estándar, de origen inglés, como "1. adj. Que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia. 2. m. Tipo, modelo, patrón, nivel".

radica en la actividad pública y relevante que efectúa el perseguidor durante la investigación penal, que tiene dos importantes implicancias. A saber: 1) el ejercicio de la fuerza legítima del Estado; 2) el menoscabo de derechos individuales para posibilitar el desarrollo de la pesquisa.

En términos gnoseológicos quien debe construir conocimiento es el perseguidor/acusador y por esto los estándares propenden delimitar ese conocimiento a tenor de las dos implicancias ya mencionadas.

Los estándares están determinados, a su vez, por razones éticas, morales y jurídicas derivadas de la admisión o inadmisión de medios prohibidos, no permitidos o derivados de la actividad ilícita del Estado; también están contruidos por los modelos de valoración de la prueba y sobre la consideración jurídica del imputado y su inocencia.

Propongo seguidamente abordar cada uno de estos componentes que permitirán comprender cuál es el estándar probatorio en un sistema acusatorio.

2. Las exclusiones probatorias³ como horizonte de los estándares probatorios.

Exclusionary rule o *supresion doctrine* en la terminología norteamericana, constituyen una categoría compleja porque si bien participan, de ordinario, de la naturaleza propia de la nulidad procesal, en especial por derivación de la nulidad virtual, existen casos en los cuales no revisten esa calidad y operan sólo y exclusivamente en el ámbito de la eficacia procesal. Para comprenderlo adecuadamente hay que partir de dos consideraciones preliminares. La primera, que la nulidad procesal apareja la ineficacia del acto o medio registro invalidado, ya que éstos no podrán ser invocados o valorados. Sin embargo, la nulidad procesal es mucho más que la ineficacia porque implica la extirpación del acto irregular del procedimiento y puede

³ Ver por todo la obra: Alvarado Velloso, Adolfo, *Teoría General del Proceso* de la provincia de Buenos Aires, en prensa, editorial Astrea, con la colaboración de Gustavo Calvino y Gabriel H. Di Giulio.

contagiar la sanción a los actos consecuentes, contemporáneos y en ocasiones a los anteriores, acarreando incluso la retrogradación de etapas. En otras palabras, la ineficacia es una consecuencia o efecto de la nulidad procesal. La segunda consideración que debo efectuar es la relativa a las “exclusiones probatorias” en sí mismas. Estas surgen en un ámbito procesal muy especial y son sistematizadas en importante medida en el derecho norteamericano, aunque extendidas a Europa y nuestras latitudes. Surgen cuando se confronta la actividad del Estado, la vulneración de derechos individuales y las evidencias obtenidas a partir de tales actos. ¿Puede el Estado ser beneficiario de una actividad irregular o hasta ilícita a partir de evidencia colectada en tales condiciones?. Esta es la cuestión jurídica y ético-moral planteada inicialmente y que le da origen. De ahí entonces que los supuestos de exclusión probatoria son esencialmente entitativos a las nulidades procesales. Pero la práctica o experiencia ha demostrado que es posible la existencia de situaciones irregulares que no llegan a constituir ilícitos, ni infringen disposiciones exigidas bajo sanción de nulidad, ni configuran la vulneración de mandatos prohibitivos (nulidades virtuales). En estos casos los actos están afectados en su eficacia, pero no en su validez. Es decir, el acto vale pero es ineficaz. Así por ejemplo, las manifestaciones voluntarias del imputado al personal policial en inmediaciones del hecho son ineficaces para constituir elementos de confirmación o cargo, pero no acarrean su nulidad, posibilitando el direccionamiento de diligencias investigativas. La importancia de esta distinción radica en que el acto meramente ineficaz, pero válido, no está extirpado del proceso y carece de aptitud para afectar a otros actos procedimentales. Podría simplificar la idea con esta expresión: el acto nulo no vale y por ende es ineficaz. El acto meramente ineficaz vale, pero no se puede valorar. El Derecho puede imponer exigencias o condiciones para la eficacia de determinados actos sin que su afectación implique ilicitud ni irregularidad sancionable con nulidad. En estos casos, la evidencia obtenida en inobservancia de tales condiciones acarreará una exclusión probatoria, pero no la nulidad del acto.

Expuesta la cuestión, es insoslayable que en general la exclusión probatoria derivará de una nulidad procesal. En estos casos la extensión a otros actos que le son consecuentes se conoce con el nombre de *doctrina del fruto del árbol venenoso* (*fruit of the poisonous tree* o *fruit doctrine*). Cuando los actos procedimentales, generalmente practicados por el Estado, vulneran ilegítimamente garantías constitucionales o derechos individuales, la actividad no sólo es irregular, sino ilícita. Su resultado no puede servir como evidencia de cargo, porque debe ser excluido para su valoración todo acto obtenido, producido o incorporado mediante violación de garantías constitucionales o derechos individuales. La Corte Suprema Federal de EEUU plasmó la regla como verdadera norma positiva. En nuestro país aparece expresamente enunciada en el caso “Montenegro” (*Fallos*: 303:1938), aun cuando se registran antecedentes muy remotos como el caso “Charles, Hnos. y otros” (*Fallos*, 46:36 del año 1891). En el precedente “Montenegro”, la Corte sostuvo que el Estado no puede ser beneficiario de un hecho ilícito cuyos dependientes han generado para el esclarecimiento de posibles delitos. Desde entonces el cimero tribunal ha aplicado la regla en diversos asuntos, en claro límite de la actividad de los órganos del Estado por imperio de la legalidad. Por nombrar algunos: “Fiorentino” (*Fallos*: 306:1752), “D’Acosta” (*Fallos*: 310:85), “Daray” (*Fallos*: 317:1985), “Fiscal c/Fernández” (*Fallos*: 313:1305).

3. Doctrina del fruto del árbol venenoso como horizonte del estándar de la prueba.⁴

Tiene su origen en E.E.U.U. a partir del *fruit of the poisonous tree* o *fruit doctrine*. Dicho origen se remonta al caso “Silverthurne Lumber Co. v. United States” (25 L V5 385 (1920)). Implica que los actos procedimentales que son consecuencia de una exclusión probatoria o de una nulidad (CPP, 207) quedan alcanzados por la sanción. En nuestro país es de cita obligada el precedente “Rayford” (CSJN, *Fallos*: 308:733). Allí se dijo: “Conceder valor a

4 Idem nota anterior.

medios probatorios obtenidos por vías ilegítimas y apoyar en ellas una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito por el que se adquirieron tales evidencias...”.

Esta regla ha tenido limitaciones tanto en la Corte de EEUU como en nuestro país. La primera restricción deriva del concepto “fuente independiente”. Aun cuando un acto o prueba (en la terminología que la explica) derive de una fuente contaminada, será válido/a si puede acreditarse o llegarse a este/a (potencialmente) por medio de otra fuente independiente y no contaminada de investigación. La excepción es potencial, de modo que no requiere que se acredite su existencia concreta. Otra excepción emerge de la teoría *de lo inevitable (inevitable discovery)*. La Corte argentina en el mismo caso Rayford reconoce como limitación a la doctrina el criterio de *fuentes independientes*, valiéndose de la expresión “*cauce de investigación distinto*”.

4. El imputado como sujeto de derechos⁵.

En virtud de los principios constitucionales de reserva (CN, 19) y legalidad (CN, 18), el imputado es incoercible. Sin embargo, sus derechos reconocen ámbitos de restricción de variable grado. A continuación se representan en tres niveles.

Relativa: Ámbito de la privacidad que comprende la habitación (domicilio) en un sentido amplio de la propiedad, así como la libertad de frecuentar lugares o personas o grupos de personas y la libertad ambulatoria. Ese ámbito puede ser restringido con orden judicial (p.ej. allanamiento y registro; prohibición de ingreso a ciertos lugares o de acercamiento con personas, o mediante medidas de privación de libertad).

Relativa restringida: Ámbito de comunicaciones, especialmente escritas, aun cuando también debe incluirse a las telecomunicaciones. Sólo son

⁵ Idem, nota 3.

susceptibles de interceptación mediante orden judicial y requieren de un mayor control por parte del Juez a fin de no incrementar las injerencias a la intimidad. Queda incluida la incomunicación del reo.

Absoluta: Incoercibilidad por excelencia. El pensamiento y las acciones privadas que no vulneran la ley, ni afectan la moral, ni los derechos de terceros, están incluidos en ella.

5. El imputado como fuente de prueba y como objeto de prueba.

En el procedimiento penal es sustancial distinguir a los *medios de convicción* o de *confirmación* según el caso (*ver supra*), en los que el imputado resulta *fuentes*, de aquellos otros en los que resulta *objeto*.

La Constitución Nacional ampara al imputado como *fuentes* de confirmación. En estos casos, *nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo*.

Por el contrario, cuando el imputado no es fuente sino objeto, la disposición constitucional no resulta aplicable. En caso de renuencia podrán disponerse medios compulsivos, de mínima intervención, o extraerse un indicio de su negativa.

Los criterios para distinguir cuándo es *fuentes* y cuándo *objeto* no son pacíficos. Comenzando por los casos indiscutibles, diré que se es fuente cuando se pretenda obtener del imputado una declaración. Se es objeto si la diligencia se dirige al reconocimiento de las características fisonómicas, físicas o corporales (p.ej. mediante una diligencia de reconocimiento en fila de personas). Si se pretende cotejar material sanguíneo o genético de un sospechoso con una evidencia colectada, el imputado será *objeto* de convicción y por ende, podrán obtenerse aun contra su voluntad mediante mínimas intervenciones. Parte de la doctrina considera que en la conformación de un cuerpo de escritura (para un posterior cotejo caligráfico), el imputado es *fuentes* y por ende queda amparado por la garantía constitucional antes analizada. Para esto se dice que la conformación de un cuerpo de escritura exige de actos voluntarios e intelectivos del reo que no

pueden independizarse de su psiquis. No participo de esa conclusión. La caligrafía es una característica de la persona, como su fisonomía o su información genética. Y la colaboración del imputado no es exclusiva de un cuerpo de escritura. Aun para conformar una fila de personas el reo debe colaborar (quedarse quieto en el lugar asignado, por ejemplo, sin efectuar manifestaciones). De modo que la colaboración no constituye un elemento diferencial para concluir cuál es su calidad: *fuentes* u *objetos*.

Se es *fuentes* cuando la exteriorización mediante la palabra, escritura u otros signos está relacionada con datos o hechos que proceden de la memoria y son evocados, o de la imaginación y son ideados, siempre que se relacionen con los hechos investigados o juzgados según el caso. En otras palabras: cuando la mente es su registro o su causa y los hechos exteriorizados se relacionan con la conducta incriminada. Tratándose de características de la persona que no dependen del registro psíquico o de la ideación, como la estatura, el color de los ojos, las huellas dactilares y palmares, la sangre, los genes o –incluso– la caligrafía, el medio tendrá al reo por *objeto*, no *fuentes*.

6. Valoración de la prueba en el derecho anglosajón.

En el derecho anglosajón, predominantemente para Estados Unidos y el Reino Unido, se distinguen grados de valoración para la suficiencia en la confirmación de las pretensiones (estándar) y, con esto, para la obtención de una sentencia favorable⁶, que en materia penal, se ciñe a la condena.

Tres son los estándares valorativos de la prueba:

- Preponderance of the Evidence,
- Clear and convincing evidence,
- Beyond a reasonable doubt.

6.1. Preponderance of the Evidence (La preponderancia de la evidencia):

⁶ <http://www.lectlaw.com/def2/s217.htm>

Constituye una regla de valoración probatoria que reposa en la obtención del mayor “peso” de la evidencia. Esto implica que frente a evidencias con diversos alcances, por ejemplo, en apoyo a las posiciones de ambas partes, resultará decisiva para fundar la sentencia la que resulte preponderante. Quien obtenga la prueba preponderante será quien obtenga el reconocimiento de los derechos que invoca. No es una preponderancia cuantitativa, necesariamente, sino que opera cualitativa y cuantitativamente.

Mayor convicción es lo que se obtiene de esta valoración, pero no es suficiente para despejar por completo la duda razonable. Frente a dos hipótesis igualmente posibles, vence la más probable en función de la prueba de peso superior. Siguiendo el Black's Law Dictionary (8th Ed. 1990): Preponderance of the Evidence: the greater weight of evidence, not necessarily established by the greater number of witnesses testifying to a fact but by evidence that has the most convincing force; superior evidentiary weight that, though not sufficient to free the mind wholly from all reasonable doubt, is still sufficient to incline a fair and impartial mind to one side of the issue rather than the other.

6.2. Clear and convincing evidence (Pruebas claras y convincentes):

Esta regla de valoración exige mayor convicción que la anterior. La evidencia no sólo debe ser preponderante sino que –además- debe ser altamente probable o cierta. Es similar a la categoría de “*probabilidad positiva*” que otorga un grado de verosimilitud altamente considerable, aunque sin llegar a la certeza. En el derecho anglosajón constituye un hito intermedio entre la evidencia más allá de toda duda razonable y la preponderancia de la evidencia. Rige en la mayoría de los juicios civiles. Siguiendo el Black's Law Dictionary (8th Ed. 1990): Clear and convincing evidence: Evidence indicating that the thing to be proved is highly probable or probably certain.

6.3. Beyond a reasonable doubt. (Evidencia más allá de toda duda razonable):

Es un estándar utilizado en el proceso penal, especialmente en los jurados para la declaración de culpabilidad.

La duda razonable es aquella que impide el firme convencimiento de la culpabilidad (Beyond a reasonable doubt is the standard used by a jury to determine whether a criminal defendant is guilty).

Más allá de la duda razonable supone, para el jurado, partir de la presunción de inocencia. El jurado debe presumir, como punto de inicio, que el acusado es inocente. Esto implica todo un ejercicio de convicción muy difícil porque debe prevalecer por sobre los prejuicios.

Este es el estándar del proceso penal pensado como juicio oral y público.

Se asocia naturalmente esta pauta de valoración con la carga de la prueba que, en los casos penales, recae en la acusación. Incumbe a la acusación demostrar que el acusado es culpable ante un jurado. Sin embargo, en algunas regiones el acusado tiene la carga de probar la existencia de ciertos hechos que dan lugar a una defensa (como la súplica de locura), lo que en cierto modo no es más que la carga de la prueba de un hecho impeditivo del hecho constitutivo.

Existen explícitas cargas de prueba para el imputado con incidencia en la inmunidad del silencio, o bien del silencio como ausencia de manifestación de voluntad. En la legislación procesal inglesa, a partir de la reforma de 1994, mediante la *Criminal Justice and Public Order Act* señala que el imputado puede elegir entre declarar o callar, pero en determinadas situaciones si calla pueden hacerse inferencias negativas del silencio, siempre y cuando se den algunas condiciones. Así por ejemplo, cuando el imputado decide declarar pero pretende ampararse en el silencio frente a las preguntas que se le formulan, cuando la parte acusadora aportó elementos suficientemente incriminadores que exigen necesaria discusión de la defensa, en supuestos en los que el imputado no brinde explicaciones sobre la posesión de objetos o sustancias al momento de ser detenido, o no brinde explicaciones sobre su presencia en un determinado lugar o en el momento en el que el hecho delictivo se produce. En los casos civiles el accionante tiene la carga de la prueba, por regla, referido esto al hecho constitutivo,

pero existen importantes excepciones que la invierten o que reposan en los hechos extintivos, impeditivos o invalidativos.

Salvo que las pruebas sean completamente ineficientes para acreditar un hecho vital (*elemento de la causa de la acción*), la decisión final acerca de su cumplimiento recae en el jurado o en el juez, si no hay jurado.

En los juicios orales ante jurados populares la carga de la prueba se asocia a la carga de persuasión, pero en materia penal siempre debe estar ligada a la convicción más allá de toda duda razonable. En los procesos civiles las reglas de valoración son las de preponderancia de la evidencia o de la prueba clara y convincente.⁷

7 Dice el autor brasileño Joel Piccini - PICININI, Joel. **A avaliação da prova ea formação do convencimento judicial.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 873, 23 nov. 2005. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7621>. (26 jun. 2011 . 2011) - Abogado em Porto Alegre RS-: "Michelle Taruffo hace una distinción importante entre dos tipos fundamentales de la prueba: la prueba como argumento persuasiva Diretto la convincere Giudice di che l'órgano sui Fatte dell'opportunità assumere attendibile comer versione relevantes dei Fatte por la decisione, y la prueba instrumento como demonstrativo, finalizzato Allah conoscenza "Scientifica" dei della Verità rilevanti Fatte por la decisione. Esta distinción es posible extraer dos conclusiones muy importantes para este estudio: la primera, el establecimiento de un modelo de prueba directamente relacionada a la participación por parte de la actividad judicial, debido a su garantía de poder para influir en la formación de la convicción de la corte, el segundo modelo se pueden identificar destacó la tendencia actual de hacer el órgano decisorio cada vez más activo en la búsqueda de las aclaraciones necesarias sobre los hechos relevantes para la decisión, un sentido, que está claramente vinculado con la noción de evidencia. Lo importante, sin embargo, es de destacar que el concepto de la prueba siempre se ha asociado, en lo ideológico, la idea de buscar la "verdad" sobre los hechos que rodean controversia. Se podría decir, como antes, para probar es convencer a la espíritu de la verdad acerca de algo. La simplicidad del concepto viene a ser seductora, pero no responde a la idea central de este estudio, que es la reducción de los márgenes máximos de la subjetividad, la pura y simple, evitando cualquier arbitrariedad. Debe Por lo tanto, un revés breve. Lo que a menudo los abogados están acostumbrados a interpretar como una exigencia de seguridad para las decisiones no es más que la mera probabilidad, variando sólo el grado de probabilidad requerido por el contrario de los límites de riesgo tolerables. Jürgen Habermas, para quien "la verdad" no se descubre sino que se construye a través de la argumentación. A verdade sobre um fato é um conceito dialético, construído com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos do processo. [25] *A perspectiva atual da verdade, não encontra-se mais no objeto, nem mesmo no sujeito, mas naquilo que os sujeitos produzem a partir de certos elementos comuns (linguagem).* La verdad sobre un hecho, es un concepto dialéctico, basado en los argumentos desarrollados por los sujetos del proceso. *La perspectiva actual de la verdad, hay más en el objeto, incluso en el tema, pero lo que producen los sujetos a partir de ciertos elementos en común (la lengua). Agora, o sujeito deve interagir com os demais sujeitos, a fim de atingir um consenso sobre o que possa significar conhecer o objeto e dominar o objeto; não é mais a subjetividade que importa, mas sim a intersubjetividade.* [26] *Ahora la subjetividad, el sujeto debe interactuar con los otros temas con el fin de llegar a un consenso sobre lo que podría significar para conocer el objeto y dominar el objeto, no es más que importa, sino la intersubjetividad.* A adoção da teoria desenvolvida por Habermas,

En materia penal los jueces técnicos deben instruir a los jurados populares (instrucciones) señalando el alcance de la regla: más allá de toda duda razonable. Las instrucciones para el jurado federal de EEUU establecen que es aquella prueba *de un carácter tan convincente que una persona razonable no dudaría en actuar sobre ella en el más importante de sus propios asuntos.*

Los jueces estatales suelen describir o explicar la regla expresándole al jurado que existiría duda razonable sobre la culpabilidad del acusado si, sobre la base de toda la evidencia en el caso, la condena penal es una posibilidad que les sienta incómoda. Recuerdan igualmente a los jurados que una condena penal impone una serie de dificultades a un acusado, incluyendo la humillación pública, el encarcelamiento, multas, y en ocasiones el comiso⁸ de propiedad.

Explica John T. Floyd⁹ “es mucho peor condenar a un inocente que dejar a un hombre culpable en libertad... la acusación debe llevar dos cargas básicas: el fiscal tiene que presentar pruebas de la culpabilidad de todos los elementos del delito imputado y convencer al jurado más allá de la duda razonable que el acusado violó todos y cada uno de esos elementos”.

nos conduz a uma visualização do processo civil moderno intensificando a participação dialética das partes na busca pelo consenso, pois segundo a lição do professor da Escola de Frankfurt, a verdade é algo necessariamente provisório, apenas prevalecendo enquanto se verificar o consenso. La adopción de la teoría desarrollada por Habermas, conduce a una visión de la dialéctica moderna civil de una amplia participación de las partes a buscar un consenso, ya que la segunda lección del profesor de la Escuela de Frankfurt, la verdad es algo que necesariamente temporal, mientras que sólo prevalece comprobar el consenso. De acordo com as premissas estabelecidas, torna-se claro que – em sua concepção moderna, isto é, frente à aceitação das limitações inerentes à ciência processual e ao próprio conhecimento humano – a prova é todo o meio, desenvolvido dentro dos parâmetros do Direito, capaz de oferecer ao juiz subsídios probabilísticos suficientes para justificar racionalmente a sua decisão, de modo a gerar sua aceitação lógica pelas partes. De acuerdo con las premisas establecidas, queda claro que - en su forma moderna, es decir, antes de aceptar las limitaciones inherentes a la ciencia y el conocimiento propio proceso humano - la prueba es todo el camino, desarrollado dentro de los parámetros de la ley, capaz de ofrecer la probabilidad juez otorga suficientes para justificar racionalmente su decisión, a fin de generar la aceptación lógica por las partes”. Ao se produzir determinada prova, o que se pretende é conduzir ao espírito do julgador o conhecimento da "verdade" acerca dos fatos relevantes para a solução de determinado conflito de interesses.

8 En ciertos artículos se lee “confiscación”.

9 Su trabajo Las normas de la prueba en [http: www.hq.org/article.asp%3Fid%3D6363](http://www.hq.org/article.asp%3Fid%3D6363), May 16, 2009 By John T. Floyd Law Firm 16 de mayo 2009 por John Law Firm T. Floyd.

La regla constituye el nivel más elevado de valoración y al mismo tiempo el más estricto para la hipótesis de condena (es decir, de confirmación del hecho constitutivo).

En EEUU la regla es un imperativo constitucional para el debido proceso legal¹⁰. La Corte Suprema de EEUU ha resuelto que la Quinta y la decimocuarta enmiendas de la Constitución Federal prohíben la condena penal si el veredicto no se sustenta en prueba de cargo más allá de toda duda razonable.¹¹ Aunque no existe una referencia específica a la regla en las cláusulas constitucionales, la Corte observó que aquella está tan profundamente arraigada en la historia de la nación que es reflejo de un valor fundamental que se traduce en el siguiente apotegma, ya citado: "es mucho más grave condenar a un inocente que dejar a un hombre culpable libertad".¹²

La carga de la prueba ha sido materia de tratamiento y análisis doctrinal y judicial en el Reino Unido, en especial por la ley de Tránsito de 1988. La constatación de ciertos niveles de alcohol en sangre de conductores de vehículos determina la posible comisión de delito, pero con la particularidad que de probarse que por las circunstancias del caso no existía riesgo en la forma de conducir el vehículo, deviene la inversión del *onus probandi*. El caso *Sheldrake DPP v* [2003] EWHC 273 (Admin)¹³ resuelve que una persona acusada de un delito previsto en la Ley de Tránsito de 1988, s 5 (1) (b) –conducir un automotor en lugar público después de consumir alcohol superando el límite permitido- debe soportar la carga de la prueba en relación a la defensa previsto en el s 5 (2). Sección 5 (2) -defensa que

10 Se destacan las FEDERAL RULES OF EVIDENCE -Published by the [Legal Information Institute](#), Cornell Law School, Dec. 2010. For decisions interpreting the rules plus state evidence materials, visit the [LII Evidence page](#)-, que se acompañan como anexo y que fueron obtenidas de Cornell University Law School.

11 Winship en Re , 397 EE.UU. 358, 90 S. Ct. 1068, 23 L. Ed. 1068, 23 L. Ed. 2D 368 (1970). 2D 368 (1970).

12 Ver: Cooper, Simon, Derechos Humanos y las cargas legales de la prueba, Web Journal of Current Legal Issues, 2003, 3 Web JCLI. El autor es Profesor titular de Derecho de la Universidad de Sunderland (Simon.Cooper@sunderland.ac.uk Simon.Cooper @sunderland.ac.uk)

13 Ver también: *R v Drummond*, [2002] EWCA Crim 527, [2002] RTR 21.

consiste en demostrar que en el momento del hecho las circunstancias eran tales que no existía riesgo de su forma de conducir el vehículo-. Las dificultades resultan de la inversión de la carga probatoria sobre un hecho que es presumido *como abstracto* pero que se exige *como concreto*. Se ha evaluado en el Reino Unido si esas inversiones probatorias compatibilizan con la presunción de inocencia que tiene expresa mención en el artículo 6 (2) del Convenio Europeo, consagrado en la Ley Inglesa de Derechos Humanos de 1998.

Las cargas probatorias o legales, como se las conoce también, no siempre son simétricas. En ocasiones el acusado a quien se le carga con determinada prueba no tiene tanta exigencia como la que pesa sobre el hecho constitutivo. De ahí que se conozca la expresión "carga de la prueba 'de la defensa'", que puede llevar implícita estas diferencias. Frente a estas aparece la carga de la Fiscalía de refutar la existencia de esa defensa con el requisito valoración de la prueba es decir, más allá de toda duda razonable.

En el Inglaterra¹⁴ los estudiantes de derecho se familiarizan prontamente con el dictamen del Vizconde Sankey LC en *Woolmington DPP v [1935] AC*

14 Ver Hamblett, Mark, Conviction of Lawyers in Tax Shelter Case Seen as Deterrent, New York Law Journal, May 26, 2011. The conviction of four people in the Jenkens & Gilchrist/BDO Seidman tax shelter fraud case on Tuesday continues a long run of aggressive enforcement by prosecutors in New York against lawyers and other promoters of transactions that lack economic substance and are meant solely to generate paper losses. Former Jenkens & Gilchrist partners Paul Daugerdas, 60, and Donna Guerin, 50, were convicted after a marathon trial, along with former BDO Seidman CEO Denis Field, 53, and Deutsche Bank Alex. Brown banker David Parse, 49. Joshua Blank, a professor at New York University School of Law and director of its graduate tax program, said yesterday that "a high-profile victory like this, especially involving lawyers, will bolster the government's deterrence efforts."

"This is a striking example of the government's ability to detect and challenge abusive tax planning and its promoters, especially if the defendants go off to prison for a significant time," Mr. Blank said. "The government will probably succeed in deterring lawyers and accountants from pushing the envelope." **Government's Probe Into Illegal Tax Shelters** 2004: Jenkens & Gilchrist, then a 600-member Texas-based firm, is ordered to turn over client identities and files in an IRS investigation into billions of dollars of illegal tax shelters. 2005: KPMG admits criminal wrongdoing and agrees to pay \$456 million in a deferred prosecution agreement, allowing the company to survive. In the largest criminal tax case ever filed, fraud was alleged in the design, marketing and implementation of tax shelters. Criminal charges are filed against a number of KPMG partners, employees and outside allies.

2006: The Southern District begins a criminal investigation into Jenkens & Gilchrist in a probe that was expanded the following year to include BDO Seidman.

2007: Financier Richard Josephberg is found guilty in White Plains on 17 counts. He is sentenced to four years and two months in prison by Judge Charles Brieant.

2007: Judge Lewis A. Kaplan dismisses charges against 13 former KPMG employees because the government pressured the company to stop its customary practice of paying their legal fees. The U.S. Department of Justice, the judge said, "deliberately or callously prevented many of these defendants from obtaining funds for their defense" and thereby foreclosed them from presenting defenses and "in some cases even deprived them of their counsel of choice." The judge's decision leaves three former KPMG defendants, and two non-KPMG defendants, in the case.

2007: Jenkins & Gilchrist enters into a formal non-prosecution agreement for criminal tax violations, admits to the IRS it is subject to a \$76 million penalty and begins winding down operations before disbanding.

2008: Former Brown & Wood partner Raymond Ruble and investment consultants Robert Pfaff and John Larson of Presidio Advisors are convicted in the KPMG case. Ex-KPMG partner David Greenberg is acquitted. The convictions are secured with the testimony of three cooperators who pleaded guilty pretrial: Amir Makov of Presidio, banker Domenick DeGiorgio and former KPMG partner David Rivkin.

Mr. Ruble is sentenced to 6 1/2 years by Judge Kaplan; Mr. Larson to 10 years and one month; and Mr. Pfaff to eight years and one month. Mr. Pfaff later gets three more months added to his sentence after being convicted in a separate tax shelter fraud and kickback case before Judge Richard Berman.

All three men lost their appeals in 2010 and all now have petitions for writs of certiorari pending before the U.S. Supreme Court.

2009: Four former or then-current Ernst & Young partners are convicted following a 10-week trial in which former Arnold & Porter tax partner Peter Cinquegrani testifies as a government cooperator in return for leniency. Robert Coplan, Martin Nissenbaum, Richard Shapiro and Brian Vaughn generated billions in non-economic or paper losses for wealthy clients. Mr. Coplan and Mr. Nissenbaum, both of them lawyers, received three years and 2 1/2 years, respectively, in prison from Judge Sidney Stein. Mr. Vaughn gets one year and eight months behind bars and Mr. Shapiro two years and four months.

2010: Bank One employee John B. Ohle, an attorney, is convicted of tax fraud and scheming to defraud Bank One of referral fees for tax shelters. His conviction, now being appealed, is secured by the testimony of former Greenberg Traurig attorney Jay Gordon, who pleaded guilty and appeared as cooperator. Mr. Ohle is sentenced to five years by Judge Jed Rakoff. New Orleans attorney William Bradley is also found guilty and is sentenced to one year.

2010: Deutsche Bank admits to criminal wrongdoing and agrees to pay \$553 million to settle charges with the IRS and the Southern District that it helped clients report billions in phony tax losses between 1996 and 2002.

—*Mark Hamblett*

Tuesday's verdict was secured with a blizzard of documents presented during a 10-week trial before Southern District Judge William Pauley that included the testimony of 24 wealthy taxpayer clients who benefited, albeit temporarily, from the shelters and other evidence showing that the two attorneys delivered misleading opinion letters from the firm's Chicago office saying it was "more likely than not" that the Internal Revenue Service would uphold the shelter in an audit.

Critical to the convictions of Mr. Daugerdas and Ms. Guerin was the testimony of government cooperator and former Jenkins & Gilchrist partner Erwin Mayer, who pleaded guilty in October to conspiracy and tax evasion. He told the jury that Mr. Daugerdas, who made \$95 million in fees from marketing four different shelters, once bragged, "I was a taxpayer for a brief time in the early nineties."

Ms. Guerin, prosecutors said, made \$17.5 million in a conspiracy that the government charged generated more than \$7 billion in phony losses or tax benefits.

Mr. Field was particularly damaged by the testimony of four fixtures at BDO Seidman. Charles Bee and Adrian Dicker, members of the firm's tax solutions group, and Robert Greisman, a point man for the firm's relationship with Ms. Guerin, all pleaded guilty and testified, like Mr. Mayer, in the hope of leniency at sentencing. BDO's chief salesman for the shelters, Paul Shanbrom, testified after receiving a non-prosecution agreement.

462, 461, donde dice: "Throughout the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen, that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt subject to what I have already said as to the defence of insanity and subject also to any statutory exception".¹⁵

Given that billions of dollars in federal revenue was at stake in the shelters, Southern District Assistant U.S. Attorneys Stanley Okula, Jason P. Hernandez, Katherine Failla, Rachel Kovner and Nanette Davis are expected to ask for long prison terms when the four are sentenced Oct. 14 by Judge Pauley. They all face up to 20 years in prison on the top count. A series of guilty pleas in tax shelter cases has helped prosecutors secure convictions in the face of defense lawyers who decried the charges against their clients as almost immoral in the gray world of tax law, where professionals are obligated to test the limits of the Internal Revenue Code.

There have been only a handful of acquittals, including the decision of the jury yesterday to clear Raymond Craig Brubaker, a banker at Deutsche Bank Alex.Brown.

There also was one major setback: Judge Lewis A. Kaplan's decision to dismiss charges against 13 former KPMG defendants because the government interfered with their right to counsel by leaning on KPMG to stop paying their attorney fees. The government, nevertheless, secured several convictions and guilty pleas in the case.

Tuesday's verdict was a rebuff to Mr. Daugerdas' defense that he was an aggressive tax lawyer who walked up to, but did not step over the line, an argument pressed by his lead lawyer, Chris Gair of Jenner & Block in Chicago.

Tax Doctrine Challenged

On appeal, Mr. Gair, Ms. Guerin's lawyer Mark Rotert of Stetler, Duffy & Rotert in Chicago, and other defendants are likely to adopt the argument of pending petitions for certiorari to the U.S. Supreme Court in the KPMG case that the standard of conviction under the economic substance doctrine is unconstitutionally vague.

The doctrine as charged to the jury by Judges Kaplan and Pauley is that the transactions must be entered into with the subjective purpose to make money independent of tax benefits and that, objectively, the transactions have to have a real possibility of generating a profit independent of tax considerations.

So far, challenges to the doctrine as hopelessly fuzzy have not been welcomed by the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit.

Meanwhile, lawyers say the deterrent effect of the Daugerdas case cannot be underestimated.

Scott Michel of Caplin & Drysdale in Washington, D.C., is a veteran defense lawyer who is a former chair of the American Bar Association's committee on civil and criminal tax penalties.

"I don't think this signals an end to the war over this issue, as I would imagine there are still other cases under investigation," Mr. Michel said. "But I do think the combination of the verdicts that have come down involving professionals at highly reputable firms, including legal and accounting professionals, in this overall enforcement initiative, I think the IRS and the Justice Department have made their point."

Mr. Michel said attendance at the ABA committee has doubled during the last 10 years of the "tax shelter wars" and there has been a corresponding "sea change in the attitudes of planning professionals."

"I think people are much more careful and much more sensitive to their ethical obligations," he said. "The government has sent a very strong message in this area and it has been heard."

15 Puede traducirse como sigue: A lo largo de la trama de la Ley Penal Inglesa está a la vista siempre un hilo (regla) de oro, que es el deber de la fiscalía demostrar la culpa del prisionero.

Esa famosa regla es una derivación de la presunción fundamental que sustenta el sistema de justicia penal del Reino Unido, a saber, que una persona se presume inocente hasta que se demuestre su culpabilidad. En *McIntosh v Señor Abogado* [2001] 3 WLR 107, Lord Bingham de Cornhill se refiere al juicio de Sachs J en el *Estado v Coetzee* [1997] 2 LRC 593, y es donde se explica el significado de esta presunción. El juez dijo cuanto más grave es el delito mayor es el interés público en la obtención de condenas de los culpables, por esto es importante la protección constitucional de los acusados. Desde el punto de partida de cualquier investigación, el interés público debe radicar en garantizar que las personas inocentes no sean condenadas. Por lo tanto, la presunción de inocencia no sólo sirve para proteger a un individuo en particular en el juicio sino para mantener la confianza pública en la integridad y seguridad duraderas del sistema legal.

En investigaciones estadísticas se determinó que en Inglaterra –por ejemplo en los trabajos de Ashworth y Blake, 1996- al menos el 40% de los juicios en el Tribunal de la Corona requieren de prueba a cargo del demandado de su defensa o al menos para la refutación de un elemento del delito.

Sin embargo, a las consideraciones tradicionales del derecho inglés se le presentó un nuevo invitado que ha introducido como cláusula expresa la *presunción de inocencia*. Se trata de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) que en su artículo 6 (2) estipula "*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*". Con la vigencia en Inglaterra de la Ley de Derechos Humanos de 1988 los tribunales pueden declarar la incompatibilidad de disposiciones de este tipo con los derechos reconocidos por, o las declaraciones (de), la Convención Europea de Derechos Humanos. Las Cortes de Apelación han considerado los argumentos sobre la contravención a la CEDH por normas o reglas de inversión de carga de la prueba: si el acusado se enfrenta a la posibilidad de condena sobre la base de que el delito tipificado presupone ciertos hechos esenciales, a menos que el demandado pueda probar lo contrario, se contraviene el artículo 6 de la

CEDH (v. precedente *Sheldrake DPP v* [2003] EWHC 273). En el citado precedente se había acusado por la conducción bajo efectos de la ingesta alcohólica, en lugar público, de un automotor. Los magistrados encontraron probados los siguientes hechos: a) el reo fue encontrado en su vehículo en un lugar público; b) estuvo a cargo del vehículo, mientras que la proporción de alcohol en su aliento superaba el límite establecido; c) si bien el reo alegó que había tratado de organizar el transporte alternativo con un amigo, no hay pruebas que lo corroboren y admitió que no había aplicado otras medidas, por ejemplo, llamar a un taxi. Los jueces de grado rechazaron los argumentos de la defensa sobre la base que el acusado no probó la excepción, considerando que la ley persigue un objetivo legítimo que es la preservación de la seguridad pública, tratando de evitar que las personas accedan a la carretera sin aptitud para conducir por encontrarse alcoholizados. De este modo desestimó la alegada infracción al art. 6 de la Convención, declarándolo culpable. La Corte de Apelación sostuvo que la carga de la prueba del acusado extraída como defensa del s 5 (2) interfiere con la presunción de inocencia y establece excepciones al artículo 6 (2) de la Convención. Consideró también que no obstante la legitimidad de la finalidad de las disposiciones de la ley, esa previsión no está justificada y proporcionada si impone una carga legal de la prueba. Finalmente, que la defensa del s 5 (2) puede y debe ser leída por bajo la Ley de Derechos Humanos s 3 (1) e interpretada como la imposición de una única carga de la prueba.

La jurisprudencia de la Comunidad Europea ha sumado aportes a la cuestión. En el caso *Salabiaku v Francia* (1988) 13 EHRR 379, seguido por varios pronunciamientos posteriores, se dijo que las presunciones de hecho o de derecho funcionan en cualquier sistema legal; que es evidente que la Convención no prohíbe tales presunciones, en principio; que, sin embargo, lo que hace es requerir de los Estados contratantes que permanezcan dentro de ciertos límites... en cuanto a derecho penal[artículo 6 (2)] requiere que los estados limiten [las presunciones] dentro de los límites razonables

que tengan en cuenta la importancia de lo que está en juego y resguarden los derechos de la defensa.

De esto se desprende que, para el Tribunal Internacional, la presunción de inocencia reglada en la Convención no es absoluta, pudiendo justificarse excepciones. El dilema es, ahora, definir cuándo se justifican las excepciones y quién se encuentra habilitado, en última instancia para hacerlo.

De regreso a la justicia inglesa el caso líder es *R v Lambert* [2001] 2 Cr de la aplicación R 511, HL. la Corte consideró el delito de posesión de estupefacientes con fines de suministro (Ley de Uso Indebido de Drogas de 1971). En consideración al artículo 28 de la Ley de 1971, la Cámara de los Lores sostuvo que, aplicando los principios comunes, s 28 impone una carga legal de la prueba al acusado para demostrar la ausencia de conocimiento relevante, la sospecha o la razón para sospechar sobre la sustancia prohibida. La Cámara procedió a examinar si la carga legal de la prueba pesando al acusado implicaba desconocer el artículo 6 (2) de la Convención. Concluyó que una ley puede imponer una carga legal de la prueba sobre el acusado a pesar del artículo 6 (2), en pos de un objetivo legítimo, siempre y cuando la naturaleza de la carga resulte proporcional al fin perseguido.

Lord Steyn dice –con cita de Dickson CJ en la decisión de la Corte Suprema de Canadá de *R v Whyte* (1988) 51 DLR (4 °) 481-: "La verdadera preocupación no es si el acusado debe refutar un elemento o probar una excusa, pero sí que un acusado pueda ser condenado mientras que exista una duda razonable. Cuando existe esa posibilidad hay una violación de la presunción de inocencia... Si el acusado está obligado a probar algún hecho en el balance de probabilidades para evitar la condena, la disposición viola la presunción de inocencia ya que permite una condena a pesar de una duda razonable en la mente del juez de los hechos en cuanto a la culpabilidad del acusado".

La Cámara de los Lores sostuvo que una carga legal impuesta por el uso indebido de Drogas de 1971 s 28 sería desproporcionada e injustificada. Sin embargo, con el fin de evitar ese resultado la Cámara de los Lores se basó

en la ley de Derechos Humanos de 1998 s 3 (1). La Ley de Derechos Humanos s 3 (1) dispone que la legislación debe ser leída y aplicada de una manera que sea compatible con la Convención, si ello resulta posible. La cuestión más compleja radica en discernir si se trata de una carga legal o probatoria. El tribunal se ha visto en la necesidad de establecer un orden entre los intereses generales de la comunidad y de las libertades y derechos fundamentales del individuo, a partir del principio de proporcionalidad y así entonces ameritar la posible afectación a la presunción de inocencia del art. 6 CEDH.

En *Sliney v ciudad de Londres de Havering* [2002] EWCA Crim 2558, se acusó por un delito previsto en la Ley de Marcas de 1994, s 92 (1) (c). El artículo 92 (5) de la Ley establece como defensa la demostración, por parte del acusado, de la creencia razonable de no infringirse la marca protegida (erro excusable). Se sostuvo que la sección imponía una carga legal al reo justificada por la dificultad para las autoridades policiales de probar el conocimiento de la protección de la marca y la infracción derivada de su uso; lo que es equivalente a la intencionalidad. Se ha considerado la gravedad de que personas acusadas a penas de 10 años de prisión deban someterse a una prueba a su cargo sin que la acusación tenga que probar la intención o imprudencia.

En *Davis v de Salud y Seguridad* [2002] EWCA Crim. 2949, el tribunal concluyó que la Seguridad y Salud en el Trabajo de 1974 s 40, prevé una carga legal a la parte imputada de "demostrar que no era razonablemente posible hacer algo más "en relación con un deber de asistencia a los empleados". Aquí, la Corte describió la legislación como de naturaleza reglamentaria, no es verdaderamente criminal, y el acusado no sería objeto de ninguna forma de privación de libertad en caso de condena. Por lo tanto, una carga legal no era incompatible con el artículo 6 (2).

Existen un gran número de delitos que plantea problemas diferentes y variados relacionados con la carga probatoria y la presunción de inocencia. El Comité de Derecho Penal de Revisión en el párrafo 140 de su informe de 11 ° dijo "Somos de la firme opinión de que, tanto en el principio y por

razones de claridad y comodidad en la práctica, la carga de la defensa debe ser sólo testimonial”.

Algunos precedentes que delinearon estos estándares son los que reseño a continuación.

6.3.1. Estados Unidos

Hace más de medio siglo el juez Frankfurter señaló "*es deber del Gobierno establecer ... la culpabilidad más allá de toda duda razonable. This notion—basic in our law and rightly one of the boasts of a free society—is a requirement and safeguard of due process of law in the historic, procedural context of 'due process'.*" V. Leland v. Oregon, 343 US 790, 802-03 (1952) [dissenting opinion].

Ese concepto-básico, como colorario de una sociedad libre, es un requisito para y baluarte del debido proceso en el contexto histórico (Leland v. Oregon, EE.UU. 343 790, 802-03 (1952) [opinión disidente].

La Corte Suprema Federal señaló que "*la culpabilidad en un caso penal debe ser probado más allá de toda duda razonable y por la evidencia limitarse a lo que una larga experiencia en la tradición del common law, en cierta medida, ha consagrado en la Constitución, ha cristalizado en reglas de evidencia consistente en dicho estándar*" (Brinegar v. United States, 338 US 160, 174 (1959)).

Estas reglas emanan históricamente de los derechos de tierra, desarrollado para proteger a los hombres de incriminaciones dudosas e injustas, con decomisos resultantes de la vida, libertad y propiedad (Brinegar v. Estados Unidos, 338 , EE.UU. 160, 174 (1959).

La cláusula de debido proceso legal de la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos requiere de un fiscal para probar más allá de toda duda razonable todos los elementos del delito imputado. (Winship, 397 US 358, 364 (1970); igualmente: Winship, 397 EE.UU. 358, 364 (1970). También: Fiore v. White, 531 US 225, 228-29 (2001)).

La Corte Suprema de Winship reconoció que el nivel de toda duda razonable protege tres intereses fundamentales. En primer lugar, protege los intereses del acusado en libertad, en segundo lugar, protege a un inocente

acusado de un delito por el estigma de la condena, y, en tercer lugar, engendra la confianza del público en el derecho penal por dar "contenido concreto" a la presunción constitucional de inocencia (Id., 397 US at 363-64. Identificación., 397 EE.UU. en 363-64). Es mucho peor condenar a un inocente que dejar a un hombre culpable en libertad (Id., 397 en EE.UU. 372).

Los tribunales han establecido que la norma de toda duda razonable consta de dos partes: la carga de la producción y la carga de la persuasión. La primera parte impone una carga a la fiscalía a presentar pruebas suficientes para probar el hecho. La segunda parte de la norma requiere persuadir al jurado (o un juez en un juicio sin jurado) de que el caso se debe decidir de una manera determinada. Esta parte impone a la fiscalía la carga de convencer al jurado de que ha establecido todos los elementos del delito imputado más allá de una duda razonable -y muy rara vez esta carga se desplaza al acusado, y si lo hace, el proceso de carga de desplazamiento debe soportar el escrutinio constitucional. (38 Geo.LJAnn.Rev.Crim.Proc. (2008), p. (2008), p. 652 n. 652 n. 1999. 1999; igualmente: Patterson v. New York, 432 US 197, 201 (1977).

Como mostré al comienzo, la Corte Suprema Federal ha reconocido dentro del concepto de debido proceso, amparado en la quinta y decimocuarta enmiendas, el estándar de la evidencia más allá de toda duda razonable (397 EE.UU. 358, 90 S. Ct. 1068, 23 L. Ed. 2D 368 (1970)).

El Tribunal Penal de Apelaciones de Texas ha establecido que la "evidencia clara y convincente" de prueba debe ser utilizada en la apelación para determinar si ha existido consentimiento voluntario del acusado para autorizar el registro de sus pertenencias (State v. Ibarra, 953 SW2d 242 (Tex.Crim.App. 1997).

En Fiore v. White, 531 EE.UU. 225, 228-29 (2001) se consideró violado el debido proceso porque la actuación judicial no pudo demostrar que el acusado no poseía un permiso de residuos peligrosos.

6.3.2. Reino Unido:

En *Sheldrake DPP v* [2003] EWHC 273 (Admin) se decidió que una persona acusada de un delito previsto en la Ley de Tránsito de 1988, s 5 (1) (b), es decir, estar a cargo de un motor vehículo en un lugar público después de consumir alcohol debe soportar una carga legal de la prueba en relación a la defensa previsto en el s 5 (2).

En *McIntosh v Señor Abogado* [2001] 3 WLR 107, Lord Bingham de Cornhill se analizó el alcance de la presunción de inocencia –ya referido en el punto anterior-.

En *R v Lambert* [2001] 2 Cr de la aplicación R 511, HL la Corte resolvió sobre posesión de droga para suministro –analizado en el punto anterior-. Igualmente *Sliney v ciudad de Londres de Havering* [2002] EWCA Crim 2558, sobre delito a la ley de Marcas de 1994, s 92 (1) (c).

6.4. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El principal precedente es *Salabiaku v Francia* (1988) 13 EHRR 379, seguido con posterioridad por otros pronunciamientos sobre el alcance del art. 6 CEDH (analizado en el punto anterior).

7. Objetividad en la investigación e imparcialidad en el juzgamiento.¹⁶

La objetividad es la cualidad impuesta al Ministerio Público Fiscal. Objetividad implica el desarrollo de la función desvinculada del espíritu y ánimo de la *persona que representa* al Ministerio Público Fiscal, a efectos de evitar que prevalezcan intereses individuales, personales y, por tanto subjetivos, o incluso meramente retributivos –como el de buscar venganza-. Durante la investigación, la objetividad impone a quien investiga la subordinación de sus creencias, deseos e intereses al resultado –o resultados parciales– de la pesquisa. La objetividad conduce a mantener las hipótesis que aparezcan sustentadas en datos o evidencias, *independientemente de los deseos e intereses* del investigador. Como

16 Trabajo citado en nota 3.

correlato, la objetividad implica la desestimación de hipótesis contrapuestas a los resultados o conclusiones de la investigación. La objetividad coloca a la “*investigación*” por encima del “*investigador*” y, en cierto modo, propende a la concreción del principio de eficacia. La objetividad es una cualidad de toda investigación: científica o criminalística y judicial. Por esto la Fiscalía puede requerir el sobreseimiento o, en su caso, la absolución del imputado. Y por esta misma cualidad, no debe ocultar ni disimular datos favorables al imputado. Pero como la objetividad no contradice el carácter de parte procesal, subsisten las cargas probatorias.

A diferencia de la investigación, el Juzgamiento se guarece con la imparcialidad. Esta impide investigar, porque sólo se puede inquirir si se pierde la neutralidad y si se previene en contra o a favor de alguien o algo. Ser objetivo impide juzgar con imparcialidad, porque exigirá de la indagación y del compromiso con la búsqueda de datos. De modo que ambas cualidades se aniquilan. Daré una precisión más. Cuando un juez dicta sentencia no requiere de objetividad. Tratándose de un juez técnico regirá el sistema de valoración de la prueba que le impondrá un juicio crítico, razonable, fundado y ceñido por las leyes de la lógica, las reglas de la experiencia, el sentido común y la técnica jurídica. El sistema de valoración debería impedir que la sentencia se sustente en el creer o querer meramente personal del juez y contradiga las postulaciones y reconocimientos de las partes y sus confirmaciones. De modo que no hace falta acudir al argumento de la objetividad para que el acto de sentenciar constituya una derivación razonada del derecho aplicable en torno a los hechos controvertidos. Lejos de eso, la objetividad podría justificar la adopción de medidas oficiosas tendientes a *indagar*, en contraposición con el deber de imparcialidad. Más aún se advierte la disociación de ambas cualidades con el jurado popular de corte anglosajón. Su veredicto se rige por el sistema de valoración conocido como *íntimas convicciones*, por el que no se deben explicar las razones que derivaron en la decisión, ni se exige de aquéllas responder a la razón.

Mientras la objetividad presupone y exige indagación, un hacer, una búsqueda, la sana crítica delimita la formación de convicción y a la toma de decisión dentro del marco de afirmaciones y pruebas producidas a instancia de las partes. Y aunque la cualidad objetivo se asemeja a la sana crítica en las condiciones intrínsecas del saber jurídico volcado en la sentencia, en cuanto a las reglas del entendimiento y razón que lo fundamentan, no coinciden en sus condiciones extrínsecas.

La distinción entre imparcialidad y objetividad fue claramente señalada por Mario Bunge, para quien la *objetividad* es una categoría filosófica mientras que la *imparcialidad* es una categoría moral y política¹⁷.

El juzgamiento, basado en la imparcialidad, exige de “reglas”¹⁸ que delimitan el tratamiento de los hechos, la aplicación del derecho y sus interrelaciones.

Una de estas reglas es la inveterada “sana crítica”. La sana crítica¹⁹ configura un sistema de valoración de la prueba que existe sí y sólo sí frente a la ausencia de un deber de objetividad en el juzgamiento.

17 BUNGE, Mario: *Las ciencias sociales en discusión. Una perspectiva filosófica*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1999, p. 9

18 En el típico y exacto concepto de Adolfo Alvarado Velloso, Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Primera Parte, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fé, 1997.

19 La expresión aparece en el Reglamento Contencioso ante el Consejo de Estado de España, antes del año 1855, como valoración de la prueba testimonial. Lo recepta la Ley de enjuiciamiento española de 1855 y el proyecto Domínguez para Argentina. Supone el respeto por las leyes de la lógica. En este sentido, los tres principios lógicos de no contradicción, identidad y tercero excluido. También el principio lógico de razón suficiente inspirado en Leibniz (v.gr. TSJCórdoba, CC, 2003, Foro de Córdoba nro. 89, p. 138 (p.111): “el juzgador debe cumplir con el itinerario racional necesario para arribar a la solución que propicia... El cumplimiento de esta labor, resulta esencial para cumplir con el mandato constitucional y procesal que impone fundamentación lógica de la resoluciones jurisdiccionales (155 CP); TSJC, SP, 1993, Sente 42, 22/12/93, “Amaya”: “exige (en caso de sentencia condenatoria) que las conclusiones en ella admitidas deriven necesariamente de los elementos probatorios invocados en su sustento”. También se construye con las reglas de la experiencia y la técnica jurídica. Niegan la sana crítica las sentencias apodícticas dogmáticas (CSJN, Fallos 321:89; CSJN, 18-10-88, LL, 1989-B-173; fallos: 304:1510, 308:1825, 320:1683, 321-1909 y 2990, 322:1522), ilógicas (CSJN: fallos 314:787, 316:1649), por mera convicción subjetiva (CSJN: fallos 316:1713); tornando arbitraria la decisión (CSJN, Fallos 301, 574); arbitrariedad que se alcanzara peligrosamente por omisión de averiguación de los hechos (CSJN, fallos 295:316, 307:1174).

Señala Riccardo Guastini refiriéndose al juzgamiento –y para desmitificar parte de los dogmas arraigados sobre la tarea de juzgar- “*La decisión justa o correcta es aquella que es más coherente con la filosofía política que justifica el sistema jurídico en su conjunto*”²⁰.

Como si fuera poco, la sana crítica no es el único sistema –aunque posiblemente más se aproxime a un concepto abstracto de objetividad - de valoración de prueba *y fijación de hechos*.

El sistema de íntimas convicciones parte de un juzgamiento basado en el sentimiento, “el corazón” y como se explicará en el punto siguiente, supone ausencia de otra cualidad de juzgamiento propia de jueces técnicos: la racionalidad del pronunciamiento.

8. Racionalidad del Juzgamiento²¹

La imparcialidad es una cualidad de juzgamiento para todos los sistemas jurídicos civilizados, inscriptos en el marco del debido proceso, cualquiera la regla de composición del tribunal.

Sin embargo, en nuestro sistema jurídico, cuando el pronunciamiento judicial emana del Estado –o sus órganos- la imparcialidad no abastece la garantía de debido proceso ya que exige de una cualidad más. Esta cualidad no está presente –como exigencia- en los sistemas de íntimas convicciones de los jurados populares, donde la decisión, por concepto, emana del pueblo como acto soberano.

La racionalidad de las sentencias –o veredictos y sentencias- configura una cualidad que integra la garantía de debido proceso cuando la condena

20 Guastini, Riccardo, Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho, Gedisa, Barcelona, 1999, págs. 281 y 282.

2121 V. mi tesis doctoral: Homo Iuris. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

proviene de la decisión del Estado. No basta ser imparcial, hay que juzgar sometido a las reglas del juicio y raciocinio.

Explicaba Couture refiriéndose al “Common law” y la “equidad”: *“Esta extraña ordenación, imposible de comprender totalmente por un jurista de mentalidad continental, hace del derecho un sistema de dos grados, uno de los cuales está dado para la justicia formal y técnica y otro para los requerimientos del corazón y de las intuiciones. Dentro de este ordenamiento, el juez actúa en dos estilos: en sentido jurídico propiamente dicho, o como magistrado de conciencia: “ex debito iustitiae” por un lado; y como “keeper of the King’s conscience”, por el otro”.*²²

Y graficó *“De allí que aquel viejo magistrado confesara que cuando había de decidir un caso muy difícil, llevaba a la Corte un hilo y una aguja. Si no podía enhebrar el hilo en el instante de dictar el fallo, postergaba la decisión. Era que el corazón tenía más latidos que los necesarios para decidir el caso, y no existía en él, el perfecto equilibrio de conciencia que no debe abandonar nunca a un juez inglés”.*²³

En el sistema de valoración racional de la prueba esta actividad no debe reposar en la mera convicción o en la sola impresión personal. Valorar la prueba es una actividad pluri-funcional: por una parte exige de un posicionamiento del juez en la neutralidad. Es decir, reúna la condición de imparcialidad: no ser parte, estar desinteresado, no depender de las partes o de los interesados, no temer las consecuencias del fallo que puedan incomodarle, etc.

Pero ese sólo posicionamiento no basta, porque de lo contrario reduciríamos la actividad al sistema de las íntimas convicciones de los jurados del common law. La actitud del juzgador frente a la prueba (su imparcialidad) debe conducirse por los senderos del “sano juicio y razonamiento”, sin colisionar con el conocimiento empírico o la experiencia y

22 Couture, Eduardo J., La Justicia Inglesa en Estudios de Derecho Procesal Civil, tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 168.

23 ob. cit. Nota anterior.

sobre la base de la relación entre los presupuestos de hecho y las normas jurídicas en consideración. Lógica, máximas de la experiencia, sentido común y técnica jurídica. Estos son los baremos que comprenden el correcto ejercicio de tal esencial actividad.

Finalmente concurre una exigencia más a considerar que inobservada terminará menoscabando, al punto de la invalidación, aquella actividad jurídica. Esta es la explicación pormenorizada, clara, completa y coherente del juicio o razonamiento que se produce con la valoración de la prueba.

La comunicación y transferencia de qué, cómo y por qué se ha valorado de tal o cual manera y con éste o aquél alcance.

Una suerte de eficiente argumentación que debe servir como fuente directa de “verificación” de su acierto o error, de los juicios empleados y de la correspondencia de sus motivaciones fácticas.

La racionalidad en la valoración de la prueba exige la fundamentación de los actos judiciales, para que no encuentren su fuente en la discrecionalidad en el ejercicio del poder.

En los juzgamientos con jurado popular de corte anglosajón, excluyo en consecuencia los escabinados que se rigen por lo antes señalado, la prueba se valora sobre la base de la íntima convicción. Esto indica que el juzgamiento no está sometido a reglas del raciocinio, pudiendo basarse en el sentir. Por tratarse de una decisión del pueblo, soberana, no exige, por concepto, de la racionalidad del juicio de culpabilidad ni de la motivación del veredicto. Se trata, en consecuencia, de un estándar de la prueba completamente diferente al de Jueces técnicos.

9. Conclusiones

He pretendido exponer algunos tópicos que perfilan los estándares de la prueba en el proceso penal. Lejos estoy de abarcarlos y desarrollarlos con profundidad. El aliciente radica en que no es esta la oportunidad para intentarlo.

En esta ocasión corresponde señalar los aspectos que se presentan más imbricados y controversiales, para posibilitar se avance con su análisis y desarrollo. Creo haber cumplido la misión. Al menos sé con seguridad que lo he intentado responsablemente.

La idea que subyace, que circula por toda la exposición, es la de extender los horizontes de la valoración de la prueba, tradicionalmente asimilada a su eficiencia, hacia los márgenes delineados como estándares, alcanzando la actividad previa desarrollada para la obtención de la “evidencia”, la relación entre el individuo (imputado) y Estado, la vigencia del *estado de inocencia* como cualidad jurídica preexistente y la *presunción de inocencia* como regla de juzgamiento en los modelos de íntimas convicciones.

10. Bibliografía Específica

- AAVV, Código Procesales Penales Argentinos, Concordados y anotados, Editora Platense, Levene (h), Ricardo, Director, La Plata, 1975.
- Alvarado Velloso, Adolfo, Sistema Procesal: Garantía de la Libertad que Ediciones Rubinzal-Culzoni, (Santa Fe, Argentina), 2008.
- Ashworth y Blake (1996) "La presunción de inocencia en Derecho Penal Inglés [1996] Crim LR 306. Derecho Penal del Comité de Revisión (1972), evidencia Undécimo Informe (General), (Londres: HMSO) Cmnd 4991.
- Bidart Campos, Germán J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar S.A., Bs.As., 1986.
- Black's Law Dictionary (8th Ed. 1990)
- Briseño Sierra, Humberto, Derecho Procesal, tomos I y II, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1969.
- Cafferata Nores, José I, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Editores del Puerto, 3ª edición actualizada, 2000.

- Cafferata Nores, José, Introducción al Derecho Procesal Penal, Córdoba, Lerner, 1994.
- Calamandrei, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., EJEA, 1973.
- Carnelutti, Francesco, Cuestiones sobre el Proceso Penal, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ejea, 1961.
- Carrió, Alejandro D., Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, 4ta. edición actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- Cipriani, Franco, En el Centenario del Reglamento de Klein, El proceso civil entre libertad y autoridad, traducción: Adolfo Alvarado Velloso, Academia De Derecho y de Altos Estudios Judiciales, Biblioteca Derecho Procesal Garantista, Ideología de la Función Judicial, www.academiadederecho.com
- Clariá Olmedo, Derecho Procesal Penal, 3 tomos actualizados, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.
- Cooper, Simon, Derechos Humanos y las cargas legales de la prueba, Web Journal of Current Legal Issues, 2003, 3 Web JCLI; Profesor titular de Derecho de la Universidad de Sunderland (Simon.Cooper @sunderland.ac.uk), <http://webjcli.ncl.ac.uk/2003/issue3/cooper3.html> # Heading26 .
- Damaska, Mirjan R, The Faces of Justice and State Authority. A comparative Approach to the legal Process, Yale University Press, New Haven and London, 1986.
- De Elía, Carlos M., Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, 2da. edición, ampliada, librería "El Foro", Buenos Aires, 1999.
- Donna, Edgardo Alberto, Código Procesal Penal, en colaboración con Maiza, María Cecilia, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- Echandía, Devis, Teoría General del Proceso. Aplicable a toda clase de Procesos. Universidad, 2 edición (revisada y corregida), Buenos Aires, 1997.

- Eisner, Isidoro, La intermediación en el proceso, ed. Depalma, Buenos Aires, 1963.
- Fanchiotti, Vittorio, Il processo penale statunitense: un modello complesso da rivisitare, Giur., Italia, Vol. 141, número 10, 1989.
- Federal Rules of Criminal Procedure for the United States District Courts, en The Judicial Code and Rules of Procedure in the Federal Courtsm Student´s Edition, Foundation Press, 1993.
- Floyd, John, Las normas de la prueba, May 16, 2009, Floyd Law Firm, [Http://translate.google.com/translate?hl=es&langpair=en%7Ces&u=http://www.hg.org/article.asp%3Fid%3D6363](http://translate.google.com/translate?hl=es&langpair=en%7Ces&u=http://www.hg.org/article.asp%3Fid%3D6363).
- Gonzáles-Salas Campos, Raúl. “La valoración del silencio del imputado”. En: Revista peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nº 3. Grijley. Lima, 2002. Pág. 192
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo, Derecho Procesal Constitucional. El debido Proceso, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004.
- Hamblett, Mark, Conviction of Lawyers in Tax Shelter Case Seen as Deterrent, New York Law Journal, May 26, 2011.
- Herring, J. (2004) Derecho Penal: Text, Cases, y de los Materiales. Oxford: Oxford University Press. pp 58-64. ISBN 0-19-876578-9 .
- Kasimar, Yale, LaFave, Wayner R., Israel, Jerold H., Modern Criminal Procedure. Cases, Comments, Questions, Seventh Edition, West Publishing, Co., St. Paul, Minnesota, 1990.
- Ledesma, Julio, El Proceso Penal, Pannedille, Buenos Aires, 1973.
- MacDonald, William Frank, Plea Bargaining: Critical Issues and Common Practices, National Institute of Justice, US. Departament of Justice, Washington D.C., 1982.
- Maciá Gómez, Ramón, Sistemas de proceso penal en Europa, Cedecs, 1998, ISBN 84-95027-57-7
- Maier, Julio B. J.: Derecho Procesal Penal Argentino, Hammurabi, segunda edición, Buenos Aires, 1989.

- Mora, Luis Paulino, La importancia del juicio oral en el proceso penal; Resumen de la ponencia presentada en el Congreso Regional sobre reforma de la Justicia Penal. Guatemala, Ciudad de Guatemala 5-8 de marzo de 1991.
- Morello, Augusto M., El nuevo horizonte del Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005.
- Oderigo, Mario, Lecciones de Derecho Procesal, Depalma, Buenos Aires, 1982.
- Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo: *Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo 2, 1988.
- Pérez López, Jorge A., El derecho a la no autoincriminación y sus expresiones en el Derecho Procesal Penal, Derecho y Cambio social, Perú.
- Picinini, Joel. A avaliação da prova ea formação do convencimento judicial. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 873, 23 nov. 2005, Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7621> > . Acesso em: 26 jun. 2011. Como citar este texto: ABNT NBR 6023:2002; Abogado em Porto Alegre RS
- Quiroga Lavié, Humberto, 1987, *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, Reimpresión, pág. 118.
- Revista Law.com.
- Rodríguez García, Nicolás, La justicia penal negociada, Experiencias de Derecho Comparado, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 1997, ISBN: 84-7481-858-3.
- Ruiz Harell, Rafael, ICESI, instituto ciudadano de estudios sobre inseguridad, a.c., 2007, México, El juicio oral. Publicado en La Ciudad y el Crimen del periódico Reforma el 2 de julio de 2007.
- Sagües, Néstor Pedro, 1988, La instancia judicial plural penal en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica, L.L. 1988-E-156, p. 157.

- Scheibe, Benjamin D. 2003. "Reclamo de ingeniería inversa, no altera la carga de la prueba." Los Angeles Daily Journal 116 (02 de octubre).
- Twining, William y Stein, Alex, Evidencia y la prueba de Nueva York, University Press., New York, eds. 1992.
- Superti, Héctor, Derecho Procesal Penal, Temas conflictivos, Juris, Rosario, 1998.
- Vázquez Rossi, Jorge E., Derecho Procesal Penal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997.
- Vélez Mariconde, Alfredo, Derecho Procesal Penal, 3ra. Edición, 2da. reimpresión, actualizada por Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Marcos Lerner editora Córdoba, Córdoba, 1986.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Criminología y Derecho, en Política Criminal Latinoamericana, Hammurabi, Buenos Aires, 1982.