

LA APELACIÓN POR ERRORES EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES*

THE APPEAL FOR ERRORS IN THE EVALUATION OF EVIDENCE IN THE NATIONAL CODE OF CRIMINAL PROCEDURES

Diego DEI VECCHI**

RESUMEN: En el texto se aborda la problemática relativa a la impugnación y revisión en alzada de decisiones judiciales, adoptadas durante el proceso penal, en virtud de potenciales errores en la valoración de la prueba y fijación de las premisas fácticas. En primer lugar, se pone de manifiesto la aparente tensión entre, por una parte, la garantía a doble conforme por medio de un recurso integral y, por la otra, el principio de inmediación, del que se seguiría que el tribunal de juicio es soberano en la valoración de la prueba. A partir de allí, y luego de una reconstrucción del modo en que el razonamiento probatorio ha de plasmarse en la decisión judicial de conformidad con las exigencias de la CPEUM y del CNPP, se demuestra que esa tensión es más aparente que real. Esto permite sostener que la solución del CNPP al excluir las cuestiones concernientes a la valoración de la prueba

ABSTRACT: *The text addresses the problems related to the challenge and review in court decisions, adopted during the criminal process, by virtue of potential errors in the assessment of the evidence and determination of the factual premises. First of all, the apparent tension between, on the one hand, the guarantee to double conformity by means of an integral remedy and, on the other, the principle of immediacy from which it would follow that the trial court is sovereign in the evaluation of the evidence. From there, and after a reconstruction of the manner in which the probative reasoning has to be reflected in the judicial decision in accordance with the requirements of the CPEUM and the CNPP, it is demonstrated that this tension is more apparent than real. This makes it possible to say that the solution of the CNPP in excluding the questions concerning the assessment of the evidence as possible grievances to argue through the appeal is a bad solution. This is especially so because it is intended to be a solution to a problem that is largely non-existent.*

* Artículo recibido el 30 de mayo de 2017 y aceptado para su publicación el 4 de julio de 2018.

** ORCID: 0000-0002-1726-2651. Profesor asociado ITAM, investigador Juan de la Cierva UdG. Correspondencia: Carrer Universitat de Girona, 12, campus Montilivi, 17003 Girona, España. Correo electrónico: deivecchidm@gmail.com.

como posibles agravios a alegar por medio del recurso de apelación es una mala solución. Ello así, sobre todo, en virtud de que pretende ser una solución para un problema en gran medida inexistente.

Palabras clave: decisión judicial, apelación, prueba, inmediación-inferencia

Keywords: *judicial decision, appeal, evidence, immediacy-inference*

SUMARIO: I. *Introducción. La justificación de la decisión judicial y su impugnación.* II. *La aparente tensión entre derecho al recurso y garantía de inmediación.* III. *Los obstáculos para el control de la valoración de la prueba en alzada: el impedimento político y el impedimento epistémico.* IV. *La inferencia probatoria como parte del razonamiento judicial.* V. *La desactivación del impedimento epistémico y los límites de la inmediación.* VI. *Conclusión.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN. LA JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y SU IMPUGNACIÓN

Impugnar una decisión judicial significa postular a su respecto ciertos vicios en la justificación, en una instancia procesal específica, a fin de que la decisión sea revisada por el mismo órgano que la emitió, o bien por uno diverso. En este último caso, suele decirse, el medio, impugnativo de que se trate tiene “efecto devolutivo”, y para algunos sólo este tipo de medios constituyen auténticos *recursos*.

Por su parte, los vicios de que puede adolecer la justificación de una decisión judicial son muy numerosos. Analizarlos exige explicitar ciertas aristas en la justificación de decisiones tales. En este orden de ideas, desde hace ya varios años suele decirse entre los teóricos que una decisión judicial está internamente justificada si la norma individual que es el resultado decisivo (*i. e.* la decisión-producto) se sigue deductivamente de la conjunción de una premisa mayor, normativa, y una premisa menor, fáctica. Por ejemplo, está internamente justificada la decisión cuya premisa mayor consiste en que “quien cometa homicidio debe ser encarcelado por diez años”, y cuya premisa fáctica reza que “Aquiles mató a Héctor”. La

norma individual conclusiva o decisión-producto será, por *modus ponens*: “Aquiles debe ser encarcelado por diez años”.¹

La justificación interna de una decisión judicial es, sin embargo, sólo una de las aristas justificativas, acaso la más superficial. Se trata de una exigencia mínima, excesivamente estrecha. Al margen de ella, parece sensato exigir a los jueces, dar cuenta de por qué invocan y utilizan en su silogismo a cada una de las premisas que lo conforman: la premisa fáctica o menor y la premisa normativa o mayor.² En este sentido, a la justificación independiente de cada una de las premisas que componen el silogismo se la ha denominado “justificación externa”.³

Es un lugar común que en todo razonamiento ha de distinguirse entre la justificación de la inferencia (*i. e.*, del paso de las premisas a la conclusión) y la justificación de las premisas mismas, siendo ambas necesarias para poder decir que el razonamiento es, en conjunto, “sólido”, y también es ya terminología asentada la que, en materia de justificación de las decisiones judiciales, llama a la primera de esas justificaciones “interna” y a la segunda “externa”. Por consiguiente, ninguna decisión judicial estará realmente justificada si no lo está “interna” y “externamente” (con independencia de que la corrección de las premisas del razonamiento justificatorio correspondiente se dé por sentada o sea, por el contrario, dudosa o controvertida).⁴

¹ Alchourrón, Carlos E. & Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2006 [1971], p. 212; Wróblewski, Jerzy, “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, *Rechtstheorie*, 5, 1974, p. 39; Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 2008, p. 46.

² Aienza, Manuel, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2003, p. 166.

³ Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, 1974. Sobre estas distinciones, y algunas adicionales respecto de las cuales no puede profundizarse aquí, véanse Comanducci, Paolo, “Osservazioni in margine”, en Comanducci, Paolo & Guastini, Riccardo, *L'analisi del ragionamento giuridico: materiali and degli studenti*, Torino, G. Giappichelli, 1987, p. 266; Comanducci, Paolo, “La motivazione in fatto”, en Ubertis, Giulio, *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 218; Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 70 y 71; Wróblewski, Jerzy, “Il modello teorico dell'applicazione della legge”, *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 46, 1967, pp. 21-23; Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, 1974, p. 36.

⁴ Bayón Mohino, Juan Carlos, “Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales: la parte sorprendente”, en Moreso, José Juan & Redondo, María Cristina, *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 143 y 144.

Ahora bien, entre las dos premisas de la decisión hay una diferencia crucial, a saber: mientras que la premisa mayor consiste en un enunciado expresivo de una norma, la premisa menor es un enunciado expresivo de una proposición empírica. De modo que al tiempo que esta última es (necesariamente) verdadera o falsa, la primera carece de valor de verdad. Así, una proposición empírica es verdadera o falsa según cómo esté configurado el mundo. En el ejemplo, la premisa fáctica será verdadera si, y sólo si, es el caso que Aquiles mató a Héctor. Pero las normas no son ni verdaderas ni falsas; a lo sumo son válidas o inválidas. De modo que la justificación de cada una de estas premisas habrá de remitirse a *razones* de distinta índole, al tiempo que habrá de implicar procedimientos argumentativos sustancialmente diversos.

No es este el espacio para detenerse en la cuestión concerniente a la justificación externa de la premisa mayor o normativa.⁵ Aunque es útil señalar que justificar la premisa fáctica supone en alguna medida que la premisa mayor ha sido ya determinada.⁶ Pues es esta última premisa la que determina cuál es la clase relevante de hechos, *i. e.* el caso genérico.⁷ De modo que será una premisa fáctica pertinente toda aquella que constituya una instancia, *i. e.* un caso individual, de la clase aludida. En el ejemplo, el haber dado muerte una persona a otra es la clase de hechos, al tiempo que el homicidio de Héctor en manos de Aquiles es una instancia de esa clase.⁸

⁵ Sobre los problemas vinculados a la justificación de la premisa normativa, véanse Guastini, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Milán, Giuffrè, 2011; Tarello, Giovanni, *op. cit.*, 1980; Canale, Damiano, “Il ragionamento giuridico”, en Pino, Giorgio; Aldo Schiavello & Vittorio Villa, *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo (Estratto)*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 195-230.

⁶ No debe perderse de vista que se está abordando la cuestión de la justificación de la decisión judicial, entendiendo a esta última como argumentación verbalizada, no como acto mental. Ciertamente, si se aborda a la decisión judicial en este último sentido podría ponerse en dudas que el proceso psicológico del decisor consista *primero* en establecer una norma y *luego* en fijar los hechos.

⁷ Alchourrón, Carlos E. & Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, 2006 [1971].

⁸ De allí que la justificación externa de la premisa fáctica no se agote en las cuestiones probatorias. Por el contrario, ella involucra, adicionalmente, una argumentación en favor de que el enunciado fáctico cuyo acaecimiento se asevera es, en efecto, un caso o instancia del supuesto de hecho genérico. En otras palabras, que el hecho de haber Aquiles matado a Héctor es un caso de homicidio, una instancia del supuesto de hecho de la premisa normativa. “El segundo «estadio» del proceso de aplicación de la ley comprende dos momentos: en primer lugar, la determinación de un cierto hecho como probado sobre la base

Ahora bien, justificar externamente la premisa fáctica según la cual “Aquiles mató a Héctor” (en el aspecto no calificadorio) consiste en dar razones en favor de la verdad de la proposición que esa premisa expresa; esto es, en responder a la *quaestio facti* demostrando que lo que se asevera por medio de la emisión de ese enunciado ocurrió efectivamente en el mundo.⁹ La justificación de una aserción tal, suele decirse, depende de la presencia de razones epistémicas (o, lo que es lo mismo: pruebas) suficientes para la aceptación del enunciado fáctico como premisa de la decisión. De allí que se diga que los enunciados fácticos de la decisión judicial están justificados toda vez que estén suficientemente probados.¹⁰

Desde esta óptica, la conclusión del razonamiento probatorio, de ser éste exitoso, se traduce en un enunciado del tipo “está probado que *p*”, esto es, un *enunciado probatorio* que justifica el uso de la premisa fáctica en la decisión. En el ejemplo, aseverar que “está probado que Aquiles mató a Héctor” justifica utilizar a la enunciación “Aquiles mató a Héctor” como premisa menor de la decisión.

Los criterios de suficiencia probatoria que determinan la corrección del enunciado probatorio pueden estar definidos de acuerdo con una pluralidad de sistemas de valoración de la prueba. Estos sistemas son los métodos de atribución de peso probatorio a los elementos de prueba (*i. e.* a las razones epistémicas) con que se cuenta. En general, la doctrina reconoce tres de estos métodos: el legal (tasado), el de íntima convicción y, por último, la libre convicción, también denominada sana crítica racional (SCR). Dejaré de lado a los dos primeros y me centraré en el tercero, que

de determinados elementos materiales y de conformidad con una determinada teoría de la prueba; en segundo lugar, la formulación de este hecho en el lenguaje de la norma que debe ser aplicada. (Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, 1967, p. 15). Véase también Bayón Mohino, Juan Carlos, *op. cit.*, 2007, p. 146, nota 25; Ferrua, Paolo, “Il giudizio penale: fatto e valore giuridico”, en A.A.V.V., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, G. Giappichelli, 2007, pp. 317-410. Este tipo de cuestiones, a menudo denominadas “calificadorias”, serán también dejadas de lado en lo que sigue.

⁹ En adelante se omitirá la distinción enunciado/proposición y se hablará de verdad o falsedad del “enunciado descriptivo”.

¹⁰ Por defecto, en este trabajo se entiende por «prueba» el *resultado* de la actividad probatoria en su totalidad (Ubertis, Giulio, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milán, Giuffrè, 1979, pp. 105 y 106). Sobre la polisemia de “prueba” en el contexto jurídico-procesal, véase Couture, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 215 y ss.; Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999, pp. 83-97.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IIJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 711-738.

es el que parece imponer como garantía para el justiciable la CPEUM en su artículo 20, A, II, al decir que la prueba debe ser valorada de manera libre y lógica.¹¹

La libre convicción o SCR es, en efecto, un sistema de valoración de la prueba que prescinde tanto del recurso a reglas jurídicas que determinen el peso de la prueba y su suficiencia o no para la adopción de una u otra decisión (como sucede en el sistema legal tasado) como de la identificación de esa suficiencia con estados subjetivos de los potenciales juzgadores (como sucede en el sistema de íntima convicción).¹² Más precisamente, la única regla jurídica relevante es aquella que determina que la valoración de la prueba ha de justificarse de acuerdo con las reglas de la SCR; es decir, las de la epistemología en general, “las reglas del correcto entendimiento humano”.¹³ Entre estas últimas suele destacarse a las reglas de la lógica, entre ellas el principio de razón suficiente, y la experiencia común.

Este trabajo tiene por fin abordar la problemática concerniente a la revisión de posibles vicios justificativos relativos a esta arista específica

¹¹ La relación entre criterios de suficiencia y sistemas de valoración no siempre ha sido bien comprendida. En ocasiones se ha considerado que son etiquetas para el mismo fenómeno. Cfr. Lluch, Xavier Abel, “La dosis de prueba: entre el *common law* y el *civil law*”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 2012, p. 200. Sin embargo, ésta es una visión engañosa: lo cierto es que todo sistema de valoración requiere de un estándar de prueba para verse realizado, al tiempo que todo estándar de prueba presupone un sistema de valoración al cual realiza. Me remito a Dei Vecchi, Diego, *Problemas probatorios perennes*, México, Fontamara, 2018, cap. 2 § 3.1.1.

¹² “Free proof means an absence of formal rules that interfere with free enquiry and natural or commonsense reasoning” (Twining, William L., *Rethinking Evidence, Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Cambridge, Basil Blackwell, 1990, p. 195). De allí que se lo defina como “criterio metodológico negativo” (Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 158). Con esta caracterización pretendo comprender tanto los sistemas de *common law* como a los continentales que adopten a la SCR, tal como aquí se la concibe. No es óbice para ello el que en el *common law* los jueces impartan ciertas indicaciones a los jurados que han de decidir, indicaciones que suelen ser precisamente acerca de las reglas de epistemología general y de los estándares de suficiencia aplicables según el contexto (e. g. «use el sentido común»; «Ud. no tiene obligación de creer en todas las pruebas pero trate de darles un sentido», etc. Cfr. Allen, Ronald J., “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico”, en Vázquez, Carmen, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 56).

¹³ Couture, Eduardo J., *op. cit.*, 1958, p. 270.

de la decisión judicial. Se pondrán bajo consideración la posibilidad de examen de potenciales errores en la justificación externa de la premisa fáctica, especialmente en lo que hace a la inferencia probatoria, por parte de un órgano distinto al que dictó la resolución. En otras palabras, se trata de la posibilidad de revisar la valoración de la prueba, y especialmente la conclusión de que ciertos enunciados fácticos están o no probados, en sede recursiva.

II. LA APARENTE TENSION ENTRE DERECHO AL RECURSO Y GARANTÍA DE INMEDIACIÓN

Ahora bien, antes de plantear el aparente problema relativo a la revisión de la justificación de la premisa fáctica en sede recursiva es necesario poner de manifiesto algunos presupuestos de particular importancia.

Por una parte, los artículos 8.2.h), CADH, y 14.5, PIDCP, actualmente con jerarquía supralegal, de conformidad con la interpretación que de ellos hace la CIDH, garantizan la revisión integral de toda decisión judicial por parte de un tribunal distinto al que la dictó. Esto implica imponer al legislador un sistema de enjuiciamiento específico, adoptando una decisión respecto del binomio instancia única versus instancia múltiple, al optar deliberadamente por la segunda opción.¹⁴ De allí que toda sentencia —como mínimo: toda sentencia de condena penal— deba quedar supeditada a control y ulterior confirmación o revocación por parte de un órgano distinto al que la emitió, a modo de garantía para los justiciables.¹⁵

Pero todavía más: no se satisface la exigencia de doble instancia con un mero “recurso de «espectro» reducido, y mucho menos —obvia-

¹⁴ Una discusión hasta entonces librada al campo de la dogmática procesalista. Véase *ibidem*, p. 158: “Cuando todavía se discute el tema de la instancia única o múltiple, las razones que se hacen valer a favor de la instancia múltiple no hacen referencia a la constitución, sino a la conveniencia o inconveniencia de una u otra solución. La Constitución no está necesariamente en peligro, en términos generales, en el sistema de la única instancia”.

¹⁵ “...tal posibilidad (de recurrir), que deriva de la falibilidad propia de la condición humana de los jueces, revela la necesidad de permitir un reexamen y eventual corrección de sus decisiones, para evitar la consolidación de la injusticia: esto se viabiliza a través de los recursos...” (Cafferata Nores, José I., *Proceso penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2000, p. 158)

te— cuando se prescinde totalmente de cualquier recurso”.¹⁶ El recurso, por cuanto ha de ser integral, debe permitir la revisión de todos los vicios potenciales de la decisión. Es indiferente en este sentido el recurso en concreto que se instituya a los fines de garantizar la doble instancia en esos términos. Lo indispensable es que haya al menos un recurso. Así se pronunció en 2004 la CoIDH, al decir que, “[i]ndependientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida”.¹⁷

Por otra parte, el nuevo sistema de enjuiciamiento penal mexicano enfatiza ya desde la regulación constitucional la necesidad de que la prueba sea desahogada siempre honrando el principio de inmediación. Esto es especialmente importante en relación con la sentencia definitiva que pone fin al juicio oral y público. Y de ello resultaría, según una difundida creencia de muchos juristas, legisladores y jueces, una invencible imposibilidad de revisión “en alzada” de las cuestiones de prueba. El juzgador “inmediato”, suele decirse, es el soberano respecto de la “declaración de hechos probados”.

¹⁶ Del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en CIDH, Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2/7/2004. En concordancia con lo dispuesto en el voto concurrente del juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, correspondientes a la sentencia del caso Castillo Petrucci y otros, del 30/05/1999.

¹⁷ CIDH, Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2/7/2004, párrafo 165. Es materia de discusión el hecho relativo a que esta exigencia sea extensible al ámbito de procedimientos distintos al penal. Hoy parece aceptarse la respuesta positiva generalizadamente: “...esta garantía concurre a integrar el debido proceso legal, extendido por la Corte a todos los supuestos de enjuiciamiento, no sólo a los de carácter penal y que en mi concepto puede proyectarse también al sistema de protección judicial previsto en el artículo 25 del Pacto de San José...”. Del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Con este fallo, confirma y refuerza la CIDH su doctrina ya expresada en la causa Baena c. Panamá (02/02/2001), donde se dijo que “...el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8o. de la Convención Americana se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden «civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter». Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes...”. También es materia de discusión si la garantía es en beneficio de ambas partes. En el ámbito penal parece imponerse la respuesta negativa: Maier, Julio B., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 1, Buenos Aires, Del Puerto, 2004, p. 733. Los argumentos para la denegación de la garantía en cabeza de la parte acusadora son, en general, el *non bis in idem* y la garantía de *reformatio in pejus*.

En consecuencia, dadas estas circunstancias, habría una tensión constante y aparentemente insalvable entre dos garantías. Por un lado, honrar a la inmediación conllevaría renunciar a la integralidad de la garantía de doble conforme. Ello así dada la imposibilidad de revisión de cuestiones de hecho y prueba por un órgano distinto al que decidió, por no haber mantenido este último relación de inmediación con el desahogo de la prueba. Por otro lado, honrar la garantía de todo justiciable a impugnar integralmente una decisión judicial que lo agravia ante un órgano distinto al que la emitió conllevaría, respecto de los agravios en materia de justificación de la premisa fáctica, renunciar a la plenitud de la inmediación.

El legislador mexicano, al delinear el nuevo procedimiento penal para toda la nación, ha asumido que ésta es una auténtica tensión, y ha pretendido resolverla por medio del artículo 468, CNPP, inciso 2. De conformidad con esa disposición, toda sentencia penal definitiva del tribunal de juicio está supeditada a ser impugnada mediante el recurso de apelación, y todo agravio puede ser alegado por el recurrente, y tratado en alzada, en la medida en que no concierna a la valoración de la prueba siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación, o bien aquellos actos que impliquen una violación grave del debido proceso.

La exclusión de lo que es materia de valoración de la prueba como materia potencial de agravio en la apelación —y más allá de la deplorable redacción de la disposición normativa— muestra que el legislador parece haberlas entendido como cuestiones cuya revisión en alzada resulta efectivamente imposible por un órgano que no ha presenciado, inmediatamente, el desahogo de la prueba.

En lo que sigue se harán una serie de críticas a la pretendida solución del legislador. Se dirá que es insatisfactoria por muchas razones, pero que es además innecesaria, por basarse en una muy deficiente comprensión del razonamiento probatorio aunada a una visión dogmática de la inmediación.

En todo caso, para una correcta presentación del asunto es conveniente partir de la explicitación de algunos presupuestos básicos. En primer lugar, se harán explícitas las razones tradicionalmente alegadas para sostener la imposibilidad del tratamiento de cuestiones de hecho y prueba en la etapa recursiva, lo cual generaría la tensión a que se hizo alusión. En segundo lugar, se ampliará la noción de inferencia probatoria referida a la justificación de la premisa fáctica de la decisión judicial a la que ya antes se hizo referencia. Todo esto permitirá mostrar, en definitiva, que

tal tensión, si la hay, es prácticamente insignificante, y que la solución que el legislador mexicano propone no sólo es insatisfactoria, sino además innecesaria.

III. LOS OBSTÁCULOS PARA EL CONTROL DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN ALZADA: EL IMPEDIMENTO POLÍTICO Y EL IMPEDIMENTO EPISTÉMICO

El ámbito en el que en general se ha planteado la cuestión de la tensión entre el derecho al “doble conforme” y la pretendida imposibilidad de revisión de la inferencia probatoria “en alza” ha sido el del llamado recurso de casación. En ese ámbito, el rechazo de la revisión de aquello que tiene que ver con la valoración de la prueba se ha centrado a menudo en tres argumentos relativamente independientes.

El primero de ellos es de carácter esencialmente político, y tiene que ver con una concepción conservadora y esencialista de ese específico recurso, *i. e.* de la casación. En este sentido, se rechaza el abordaje en alza de las cuestiones de valoración de la prueba por la mera denominación jurídica del recurso, por sus razones históricas, por su “naturaleza jurídica”, etcétera. Generalmente este tipo de argumentos se remontan a los orígenes de la casación en tanto vía impugnativa natural o esencialmente destinada al control entre poderes políticos. En algunos casos ello se debe además a las regulaciones legales que, sobre la base de esa concepción, indiscutiblemente excluyen mediante los textos normativos el acceso mediante esta vía impugnativa a la revisión de cuestiones fácticas. En este orden de ideas, partiendo de las aludidas premisas, se concluye que el recurso de casación, por su propia naturaleza, sólo admite el tratamiento de cuestiones de derecho.

El segundo argumento se centra en una supuesta imposibilidad fáctico-epistémica de acceso por parte del tribunal de alza al procedimiento de fijación de los hechos y valoración de la prueba. No se trataría ya de un obstáculo meramente político o de diseño legislativo convencional, sino de un genuino impedimento epistemológico. Este es el argumento en que hemos de centrarnos. La revisión resulta, desde este punto de vista, imposible, por razones cognitivas, de modo que la valoración de los elementos probatorios se torna un juicio indefectiblemente privativo del tribunal frente al cual la prueba se produjo o desahogó.

En otras palabras, el órgano jurisdiccional que pretenda revisar la decisión del *a quo* no podrá tener acceso al razonamiento probatorio. Él será irremediablemente “ciego” en materia de valor o peso epistémico de las pruebas producidas. Consecuentemente, carecerá de toda aptitud crítica respecto de la inferencia probatoria, porque aquellas pruebas fueron desahogadas frente al tribunal de juicio bajo el imperio de la inmediación. Esto tendría como consecuencia que las inferencias de este último tribunal se tornen epistémicamente impermeables, irrevisables, siendo él el soberano indiscutible en materia de fijación de los hechos.

A este segundo argumento se suma el tercero, que está íntimamente relacionado con él. En efecto, se alega que la revisión en alzada de la valoración de la prueba por parte del tribunal de juicio desvirtuaría las reglas de oralidad e inmediación. De modo que la garantía de doble conforme, si es extendida a la revisión de la valoración de la prueba por parte del tribunal de juicio, se convertiría en una suerte de antigarantía: llevaría a la vulneración de la inmediación, garantía del imputado, así como también de la oralidad,¹⁸ al reconducir la valoración “final” de la prueba a un órgano distinto al que presenció su desahogo. Se trata de un obstáculo híbrido: por una parte, es de carácter político, ya que se pone a la garantía de inmediación por sobre la de revisión en segunda instancia. Mas esta elección depende de la concepción epistémica que se tiene frente a la inmediación. Esto es, se asume como correcto el argumento de la imposibilidad epistémica señalado en el párrafo precedente. Esta es la íntima relación señalada entre los argumentos segundo y tercero, y lo que torna híbrido a este último, ya que si se rechaza el segundo argumento, no parece haber buenas razones para asumir que la garantía de doble conforme, si es extendida a la revisión valoración de la prueba, afecta a la garantía de inmediación.

Sea como fuere, como resulta claro, a diferencia del primero, los argumentos segundo y tercero no se reducen a afectar la capacidad revisora exclusiva del recurso de casación.¹⁹ Por el contrario, son predicables de

¹⁸ Que en rigor no es más que un medio para la realización de la inmediación (Binder, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 100).

¹⁹ Es entonces fundamental tener presente que si la garantía recursiva fuera satisfecha por un recurso previo distinto a la casación, la objeción que hemos denominado “política” ningún problema presentaría. Esto es, la concepción, regulación e interpretación de las normas relativas a la casación como recurso extraordinario limitado pura y exclusivamente

todo recurso previsto frente a una sentencia rendida en un juicio oral y público, regido por el principio de inmediación. En pocas palabras, si esos argumentos fueran correctos afectarían a todo recurso con efecto devolutivo. Y esto es precisamente lo que parece informar a la disposición normativa ya citada del artículo 468, inciso 2, del nuevo CNPP, que desecha como agravios admisibles del recurso de apelación en el nuevo sistema de enjuiciamiento penal mexicano a las cuestiones relativas a la valoración de la prueba. Esta disposición, se dijo, parece instituirse —asumiendo los argumentos segundo y tercero— en salvaguarda del flamante “principio de inmediación” que habría de signar al nuevo procedimiento penal, tal como lo declaran los artículos 20, CPEUM, y 4o. y 9o., CNPP. Este último parece contener en sí mismo: i) el germen de la visión impeditiva respecto a la posibilidad de valoración de la prueba por un órgano distinto a aquel frente al cual la prueba se desahogó, y ii) la preferencia política por el principio de inmediación. En este sentido, el texto de la disposición normativa citada en última instancia reza en su última parte que: “En ningún caso, el Órgano jurisdiccional podrá delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva”.

En consonancia con ello, el artículo 259 *in fine*, CNPP, al regular genéricamente la actividad probatoria, dice, respecto de la valoración de los elementos de prueba, que para los efectos de la sentencia definitiva “sólo serán valoradas aquellas pruebas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio” salvo ciertas excepciones legalmente previstas.²⁰

No obstante, el rechazo del control de la valoración de la prueba en segunda instancia constituye una solución para un problema inexistente, basada en una mala comprensión del razonamiento probatorio. Una reflexión algo más rigurosa demuestra que ni el segundo ni el tercer argu-

te al tratamiento de cuestiones de derecho, en términos de función política meramente nomofiláctica, no sería *per se* inconstitucional a la luz de la doble instancia de la CADH y del PIDCP. Basta con que, antes de la casación, se disponga de un recurso amplio.

²⁰ En especial las relativas a la prueba anticipada reguladas en los artículos 304 a 306, CNPP. Por lo demás, las disposiciones generales sobre la prueba que figuran del artículo 259 al 265 se reiteran en buena medida entre los artículos 356 y 359. El primer grupo de disposiciones estarían dedicadas a regular la actividad probatoria en la etapa investigativa, mientras que el segundo grupo se dirigiría a la etapa de juicio. Sin embargo, la regulación parece en buena medida superflua.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 711-738.

mento son de recibo, y que ambos se basan en una exageración de aquello que es producto de la inmediación, y de lo que ésta impone.

IV. LA INFERENCIA PROBATORIA COMO PARTE DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL

Se dijo antes que la justificación de la decisión judicial presenta dos aspectos, uno interno y otro externo. El primero puede ser reconstruido como un silogismo-deductivo, y consistente en la subsunción de un supuesto de hecho en una norma general y abstracta. El segundo aspecto de la justificación, el externo, se dijo también, consiste en la justificación de cada una de las premisas que componen al silogismo aludido. En lo que sigue nos centramos en la justificación externa de la premisa fáctica, especialmente en lo que concierne a la inferencia probatoria: el razonamiento justificativo del enunciado probatorio (*e. g.* “está probado que Aquiles mató a Héctor”) que es, a su vez, razón justificativa de la aceptación de “Aquiles mató a Héctor” por parte del juez como premisa fáctica de la decisión.

Un enunciado probatorio, se ha dicho, ha de entenderse como sinónimo de “hay elementos probatorios suficientes para aceptar que *p*”.²¹ Este juicio de suficiencia, sin embargo, conlleva un juicio de valor, sobre el cual no es posible detenerse ahora, pero que hace más conveniente entender que lo que el decisor afirma cuando emite un enunciado probatorio es que “hay elementos probatorios epistémicamente relevantes y axiológicamente suficientes para aceptar que *p*”. Y esta distinción es relevante, dado que, verosímilmente, el juicio de suficiencia axiológica es propio del decisor.²²

²¹ Ferrer Beltrán, Jordi, “Está probado que *p*”, en Triolo, Lucia, *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, I, Torino, G. Giappichelli, 2001, pp. 73-96; Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005.

²² Las razones de esto son, para decirlo muy brevemente, las siguientes: *a)* los estándares de suficiencia probatoria son dependientes del contexto de que se trate. En el derecho procesal puede haber prueba suficiente para aceptar un enunciado fáctico en sede civil y no, por caso, en sede penal; *b)* Lo que determina los estándares de prueba, suele decirse hoy, es un juicio de valor, un juicio moral, acerca de la distribución de riesgo de errores. Mientras más peso tenga el valor que pueda afectarse si la decisión se basa en premisas fácticas falsas, más exigente es el estándar de prueba. Y el peso de los valores no es más que una consideración valorativa; *c)* La epistemología no distribuye por sí misma los riesgos de error más que mínimamente, y en el derecho se asume que la distribución debe ser más que mínimamente sensible (Bayón Mohino, Juan Carlos, “Epistemología, moral y prueba de los

Frente a esto, y aunque puede ser objeto de discusión, es plausible afirmar que lo que el juez *hace* al emitir un enunciado tal es constituir la suficiencia probatoria.²³ En sistemas de valoración de la prueba de sana crítica racional ello significa determinar que: *a)* hay pruebas epistémicamente relevantes en favor del enunciado fáctico de que se trate, y que *b)* ellas son suficientes para adoptar la decisión en cuestión (*i. e.* que son una justa distribución del riesgo de error frente a esa decisión).

En estas condiciones, en la medida en que haya vías impugnativas disponibles, todo parece indicar que puede criticarse la decisión judicial alegando que el juez constituyó incorrectamente la suficiencia probatoria. Los errores en este sentido podrían ser de dos tipos: por un lado, respecto de (a), la presencia de pruebas epistémicamente relevantes y lo que ellas permiten inferir; por el otro, respecto de (b), la suficiencia axiológica de ellas para adoptar la decisión de que se trate. Por cierto, la discusión sobre este segundo punto es considerablemente más complicada, y probablemente no haya posibilidad de resolverla por medio del recurso a criterios objetivos de corrección, como toda discusión acerca de lo moralmente correcto. Pero esto no obsta a que la crítica y revisión sean posibles: siempre será admisible poner en dudas —y esto último incluso en parte con criterios epistémicos objetivos— la satisfacción del estándar de prueba y la consecuente corrección de la constitución de la suficiencia por parte del juzgador. Todo ello remitiendo especialmente a la inferencia probatoria que condujo a, y en la cual se cimienta la constitución.

hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Analisi e diritto*, 2008, 2009), y *d)* Los supuestos estándares de suficiencia fijados por el legislador como formulados en términos epistémicos son impotentes para satisfacer la exigencia a que se hizo referencia en (c). Sobre esto véanse Ferrer Beltrán, Jordi, “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, 2010, Laudan, Larry, “La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal”, en Vázquez, Carmen, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2013, pp. 119-134; Laudan, Larry, “Is Reasonable Doubt Reasonable?”, *Legal Theory*, 9, 2003. *e)* Si ni el legislador ni la epistemología proporcionan el estándar de suficiencia, pues el juicio de valor que ello entraña habrá de llevarlo a cabo cada decisor. Sobre esto último, Stein, Alex, *Foundations of evidence law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2005, pp. 117-119.

²³ Sobre el punto, así como respecto de lo dicho en la nota precedente, me permito remitir a Dei Vecchi, Diego, “Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios. El salto constitutivo”, *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2014. En contra, Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, 2001.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 711-738.

En efecto, suele hoy asumirse que los estándares de prueba, los umbrales de suficiencia epistémica, están ligados a la fortaleza de la inferencia probatoria que los aplica. En ocasiones se ha recurrido a los fines de analizar tal inferencia al modelo de argumento delineado por Stephen Toulmin en su libro *The Uses of Argument* (1958).²⁴ Se trata de un modelo de argumento que parece especialmente adecuado para los fines aquí propuestos.

Pues bien, como Toulmin enfatiza en su obra, un argumento cualquiera está dirigido a sustentar una pretensión [*claim*], que en lo que aquí interesa no es sino el enunciado probatorio de la decisión judicial “*p*”. A menos que la afirmación sea irreflexiva e irresponsable, continúa Toulmin, se contará normalmente con algunas consideraciones a las que hacer referencia para justificarlo; es decir, ciertos datos [*grounds*] que no son sino las pruebas epistémicamente relevantes.

Justificar un enunciado fáctico (*i. e.* una pretensión acerca de hechos) en el discurso jurídico, y quizá en otro cualquiera, puede consistir en proporcionar datos de uno de dos modos radicalmente distintos: *a*) afirmar que se ha percibido sensorialmente el hecho al que la pretensión conclusiva del argumento refiere; o *b*) aportar datos sensoriales o no que inferencialmente obren en favor de la ocurrencia de dicho acontecimiento. Cuando los datos ofrecidos son de la clase (*a*), las pretensiones acerca de las que se argumenta constituyen lo que se ha dado en llamar *enunciados de inmediación*, mientras que cuando se trata de los de clase (*b*) esas pretensiones constituyen *enunciados inferenciales*.²⁵

Creo que este es el único modo en que la (obsoleta) distinción de los procesalistas entre pruebas directas y pruebas indirectas cobra algún sen-

²⁴ En materia de justificación de la premisa fáctica en la decisión judicial, explican y adoptan este modelo —aunque dándole distinto énfasis— González Lagier, Daniel, *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2005, pp. 55 y ss.; Taruffo, Michele, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza 2009, p. 208; Aguiló Regla, Josep, “Presunciones, verdad y normas procesales”, *Isegoría*, 35, 2006; Ferrua, Paolo, *op. cit.*, 2007, p. 341, nota 75. Para una presentación más general de las ideas de Toulmin, de su relevancia y de algunos problemas en el discurso jurídico, Atienza, Manuel, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, cap. IV.

²⁵ Pérez Barberá, Gabriel & Bouvier Hernán, “Casación, lógica y valoración de la prueba. Un análisis de la argumentación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios”, *Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado*, 9, 2004, p. 188.

tido: según el acto de habla constituya un reporte de percepciones sensoriales del hablante o bien una conclusión resultado de haber procesado inferencialmente cierta información.²⁶ Así, por ejemplo, el juez (reporta que) ve que el testigo lo mira a los ojos y que oye que éste afirma haber estado con el acusado el lugar *l* el día *d*.²⁷ Sólo los enunciados que reportarán directamente estos datos sensoriales (*i. e.* sobre lo que se percibió, lo que se vio y oyó) serían genuinos enunciados de inmediación.

En todo caso en que, por el contrario, se torne necesario efectuar algún tipo de inferencia que desde lo percibido conduzca al enunciado fáctico, se tratará ya de las llamadas “pruebas indirectas”, enunciados inferenciales: por ejemplo, el pretender que a partir de lo visto y oído (*i. e.* de lo inmediatamente percibido) el testigo miente. Este último enunciado es inferencial, dado que supone al menos un paso argumental, intelectual, que incluya al menos un enunciado no perceptivo. En consecuencia, como puede ya percibir el lector, el campo de relevancia de las llamadas “pruebas directas” de los enunciados de inmediación parece sumamente acotado, si no nulo sin más: sólo serán relevantes si el enunciado a justificar (*i. e.* la pretensión final del argumento) consiste en la percepción misma del juzgador, su sensación propia e interna. En otras palabras, los enunciados de inmediación aparecen en escena tan sólo cuando lo que se

²⁶ Para Ferrajoli, sólo las primeras serían pruebas, en tanto las segundas serían más bien indicios (Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 108). Creo que esta distinción es sumamente confusa.

²⁷ Ya aquí la irrelevancia del raciocinio (*i. e.* del procesamiento inferencial de lo percibido) parece dudosa: en rigor de verdad lo que se oyen son meros sonidos de por sí insignificantes. Determinar lo que ellos significan exige interpretar y, por tanto, razonar. En efecto, es dudoso que algo pueda ser “probado” en ese estricto sentido de inmediación, pues incluso la más cruda percepción de hechos brutos requiere de cierto enjuiciamiento de la fiabilidad perceptiva: “[n]i siquiera las premisas fundadas en prueba que los juristas suelen denominar «directa» contienen la conclusión o hacen explícitos todos sus presupuestos inferenciales” (Pérez Barberá, Gabriel & Bouvier, Hernán, *op. cit.*, 2004, p. 186). Sobre el punto también, Pérez Barberá, Gabriel, “Casación penal y posibilidad de control. Alcance del fallo «Casa» y del método alemán invocado por la Corte”, *Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado*, 11, 2007, p. 64; González Lagier, Daniel, *op. cit.*, 2005, p. 96; Andrés Ibañez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009. Con todo, como se dijo, la distinción parece sensata si se reduce a, por un lado, enunciados que reportan percepciones sensoriales (cuya posibilidad de error perceptivo no anula el hecho de que *se reporta un hecho interno*) y, por el otro lado, enunciados conclusivos de inferencias.

pone en discusión es la ocurrencia del hecho (alegado como) percibido: si el testigo efectivamente emitió o no los sonidos que quien juzga dice haber percibido a través de sus sentidos. Pero lo cierto es que usualmente no son estos los enunciados fácticos cruciales de la decisión judicial.

Fuera de este acotado campo de la pura intermediación, ha de tenerse presente que los datos con que se cuente no son relevantes sin más. Su pertinencia justificativa, respecto de la pretensión de que se trate, su relevancia inferencial, depende de que haya ciertas reglas de enlace. Por ejemplo, el dato según el cual “el testigo temblaba al momento de declarar” (que puede ser un enunciado de intermediación si se basa en la percepción visual de ese “temblar” por parte del juez) es pertinente como prueba en favor de la pretensión de que “el testigo estaba mintiendo” sólo sobre la base de una regla. Ésta rezaría, por caso, que “siempre —o casi siempre— que el testigo está temblando ello es así porque está mintiendo”.

A estas reglas que enlazan a los datos de que se trate con la pretensión se las denominará aquí, en la senda del trabajo de Toulmin, *sustento* [*warrant*].²⁸ Adicionalmente, a las consideraciones que fundamentan esas reglas se las llamará *respaldo* o *fundamento* [*backing*]. El respaldo en favor de las reglas de sustento, que puede o no estar explicitado en los argumentos, asumiría características distintivas según el campo de argumentación de que se trate.²⁹ En el ejemplo, la regla podría basarse en observaciones empíricas de índole estadística —*e. g.* declaraciones pasadas en que los testigos temblaron y se demostró (por medios independientes) que sus testimonios eran falsos— o en otro tipo de consideraciones como, por ejemplo, normativas.

Esta estructura —y especialmente esta diversa clase de respaldos posibles para las reglas de sustento— permite diferenciar rigurosamente dos clases de argumentos relevantes en la argumentación jurídica en general, y muy especialmente frente a nuestros intereses: presunciones *hominis* y presunciones *iuris*. La diferencia entre una y otra clase de argumentos reside, utilizando la terminología de Toulmin, en la diversa

²⁸ Tanto en la versión italiana cuanto en la española de la obra de Toulmin, *warrant* se traduce como *garanzia* o *garantía*, respectivamente. Se cambia aquí el término por el de *sustento*, dado que el uso de *garantía* para referir a la regla de paso del dato a la pretensión en el ámbito del derecho procesal penal puede generar algunas confusiones.

²⁹ Toulmin, Stephen, *Gli usi dell'argomentazione*, Torino, Rosenberg and Sellier, 1975 [1958], p. 97.

entidad de la regla de sustento,³⁰ pero a su vez, la entidad de esas reglas difiere por la diversa clase de respaldo en que se fundamentan. Al tiempo que en las presunciones *hominis* el respaldo se identifica con observaciones empíricas, en las presunciones *iuris* el respaldo es meramente normativo: el fundamento está en la mera identificación de una norma jurídica a partir de las fuentes del derecho.³¹ De modo que, en rigor de verdad, en el caso de las presunciones *iuris* nada se prueba.

Un ejemplo puede ser aquí de utilidad: un argumento que concluye en la pretensión (de carácter descriptivo) de que “X abusó sexualmente de Y”, podría tener como dato (o uno de esos datos) el que “Y es menor de quince años de edad”. La regla de sustento podría formularse, verbigracia, del siguiente modo: “toda vez que una persona menor de quince años mantiene relaciones sexuales ello es contra su consentimiento”. Ahora bien, el respaldo de esta regla podría fundamentarse de dos modos diversos: i) en una norma jurídica que diga que “toda vez que una persona menor de quince años haya mantenido relaciones sexuales *debe asumirse sin más* que lo hizo en contra de su consentimiento”,³² o bien, ii) sobre la base de observaciones, por caso estudios científicos, que demuestran que los y las menores de quince años no poseen el desarrollo mental para prestar consentimiento a los fines de mantener relaciones sexuales.

Lo que en apariencia es una misma regla de sustento constituye, en rigor de verdad, dos argumentos justificativos radicalmente diversos. En

³⁰ González Lagier, Daniel, *op. cit.*, 2005, p. 57.

³¹ Se trata, ni más ni menos, que de resolver un problema como el que implica la identificación de la premisa normativa de la decisión judicial. Con respecto a este modo de distinguir a las presunciones *hominis* y *iuris* véase Aguiló Regla, Josep, *op. cit.*, 2006.

³² Por ejemplo, el artículo 266 del CPF establece que “Se equipara a la violación y se sancionará de ocho a treinta años de prisión: I. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de quince años de edad...”. Y en Argentina el artículo 119, CP, reza: “Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”. En ambos casos, normativamente, se asume sin posibilidad de prueba en contrario (pero también sin prueba a favor), que las personas menores de quince años en México y de trece en Argentina jamás prestan consentimiento válido para mantener relaciones sexuales. En otros términos, se tiene por probado sin prueba que si tuvieron relaciones fue contra su consentimiento. Puede haber buenas razones para ello, lo único que ahora interesa señalar es que no se trata de casos de auténtica prueba.

un caso (i) la justificación reposa pura y exclusivamente en una norma jurídica, en un acto volitivo de la autoridad, que hace que el argumento en su totalidad sea una presunción *iuris*. En el otro caso (ii) el argumento se cimienta en una máxima de experiencia, lo cual hace que el argumento sea una presunción *hominis*. En este último caso hay auténtica prueba, en aquél no.³³

Para sintetizar lo hasta aquí dicho, podría ilustrarse la estructura argumental reconstruida, y las distinciones trazadas, del siguiente modo: la premisa fáctica de la decisión judicial se identifica con una pretensión (*i. e.* un enunciado fáctico). En su favor pueden proporcionarse dos tipos de datos: enunciados inferenciales o enunciados de inmediación. Estos últimos consisten en lo directa e inmediatamente percibido por los sentidos de quien justifica la pretensión. Los datos inferenciales, en cambio, sustentan la pretensión por recurso a reglas de sustento. Éstas pueden, a su vez, ser de dos tipos según estén respaldadas por la observación del mundo o bien por actos autoritativos. En el primer caso, la regla de sustento será una máxima de experiencia, y el argumento en su totalidad será una presunción *hominis*. En el segundo caso, la regla de sustento será una norma jurídica, y el argumento en su totalidad será una presunción *iuris*.

Sea como fuere, dejando esto por el momento de lado, cabe ahora volver sobre la pretendida tensión entre, por un lado, la garantía al “doble conforme” y, por el otro, la alegada imposibilidad de revisión de la inferencia probatoria (*i. e.* de la valoración de la prueba) por parte de un órgano distinto al que presenció, en inmediación, el desahogo de la prueba y la valoró en primer término.

V. LA DESACTIVACIÓN DEL IMPEDIMENTO EPISTÉMICO Y LOS LÍMITES DE LA INMEDIACIÓN

Se ha dicho al delinear el tipo de argumentos que compondrían una inferencia probatoria, que los datos ofrecidos en favor de la pretensión pueden ser o bien enunciados inferenciales o bien enunciados de inmediación. Estos últimos están basados meramente en datos sensoriales,

³³ Por cierto, las presunciones *iuris*, *i. e.* las que reposan en normas autoritativas, pueden a su vez estar fundadas en observaciones empíricas. Esto genera ciertas complejidades, que no pueden ser aquí abordadas.

externos, y son en efecto incontrolables por un individuo distinto a quien los profiere.

Los enunciados de intermediación así entendidos, es cierto, responden a la percepción directa del individuo que los sostiene, y dependen, por tanto, de su posición epistémica frente al mundo. Son enunciados que expresan una relación sujeto-mundo. Por ejemplo, “el testigo temblaba al hablar”.

Tales percepciones forman parte del lenguaje privado del hablante y, en consecuencia, son intersubjetivamente comunicables, pero no controlables. Por eso decimos que los enunciados de intermediación son auténticos enunciados “últimos”, pues “antes” de ellos no hay otros enunciados sino directamente una percepción sensorial (Pérez Barberá, Gabriel 2007: 247).

¿Cómo podría alguien impugnar un enunciado de intermediación? Pues sólo parece haber dos medios: *i*) negando la existencia del hecho percibido; o bien *ii*) sosteniendo un defecto perceptivo.³⁴ Pero en lo que aquí importa lo central es tener presente que sólo un individuo en la misma posición epistémica puede atacar estos enunciados.

De modo que, frente a genuinos enunciados de intermediación, el segundo argumento resulta letal. Y precisamente por ello, también es correcto el tercero: la revisión de cuestiones probatorias resueltas por medios de enunciados de intermediación por parte de un órgano distinto (y en distinta posición epistémica) al que resolvió, afecta al principio de intermediación en términos de garantía de que la prueba sea valorada por quien estuvo presente en las audiencias. En este específico sentido, decir que el tribunal de juicio es el soberano en la fijación de los hechos, tiene asidero.

Pero las cosas son muy distintas frente a los enunciados inferenciales, susceptibles de ser reconstruidos en todos los casos como una conclusión de razonamientos basados en premisas. Dichos enunciados mantienen una relación enunciado-enunciado, donde cada premisa es una conclusión que se infiere de otras premisas.³⁵ Más aún, la justificación externa misma de la premisa fáctica se ha presentado pensando casi exclusivamente en enunciados inferenciales:

³⁴ Pérez Barberá, Gabriel y Bouvier, Hernán, *op. cit.*, 2004, p. 191.

³⁵ *Ibidem*, p. 188.

...para justificar la corrección de una premisa habrá que ofrecer un argumento cuya solidez, como la de todo razonamiento, dependerá de nuevo de la corrección de la derivación de su conclusión a partir de sus premisas y de la corrección de éstas. Esto quiere decir que lo que tendemos a llamar en bloque “justificación externa” debe ser visto como un encadenamiento de razonamientos, en cada uno de los cuales es preciso controlar a su vez tanto su justificación interna como su justificación externa (Bayón Mohino, Juan Carlos 2007: 144).

Así, un enunciado inferencial estará justificado si el razonamiento inductivo del que se deriva está suficientemente apoyado por las premisas. En otras palabras, si hay prueba suficiente. Obsérvese que incluso para quienes la suficiencia está determinada por estados subjetivos (*e. g.* la convicción como estado mental del decisor), es posible distinguir entre la determinación de lo probado (por el estado mental) y la justificación de esa determinación.³⁶ La valoración sería una toma de posición a partir de lo meramente sensorial, en tanto que la fundamentación sería la objetivación de esa percepción en un proceso autónomo. Aquí se rechaza el control de lo que es producto de la pura intermediación; pero nada parece obstar al control de la toma de posición frente a ella.

La magnificación de lo que es producto puro de la intermediación —magnificación generadora del seudoproblema relativo a la imposibilidad de revisión de la valoración de la prueba en alzada— tiene su génesis, al menos en alguna medida, en la deficiencia justificativa de las decisiones judiciales.³⁷ El error está en que muchas veces se pierde de vista que gran parte de inferencias probatorias cuya conclusión es un enunciado fáctico no explicitan todas las premisas que conducen a la conclusión. Esto lleva a confundir a esos enunciados, que en rigor son inferenciales, con auténticos enunciados de intermediación.

En otros términos, lo que conduce a la magnificación aludida es el no percatarse de que la mayoría de los que aparentan ser enunciados de intermediación no son sino enunciados inferenciales basados en razonamien-

³⁶ “...una cosa es la valoración de la prueba y otra la fundamentación de esa valoración” (Pérez Barberá, Gabriel, *op. cit.*, 2007, p. 234).

³⁷ La expresión “magnificación de lo que es producto de la intermediación” es tomada del fallo de la CSJN (Argentina), Casal, Matías Eugenio y otros/ robo simple en grado de tentativa – causa 1681, 20/09/2005, considerando 25. En ese fallo se resolvió un problema similar al aquí abordado con respecto al alcance del recurso de casación.

tos entimemáticos, en tanto sus premisas se encuentran implícitas. “Un razonamiento entimemático (o entimema) muestra sólo su conclusión dejando ocultas sus premisas, pero más allá de ello, siempre es posible distinguir entre entimemas válidos e inválidos” (Pérez Barberá, Gabriel y Bouvier, Hernán, 2004: 187).

Lo que esto muestra es que la toma de posición a partir de un enunciado de inmediación no es en sí misma parte de la inmediación. Por el contrario, ella puede ser reconstruida como verdadero razonamiento siempre controlable, sin perjuicio de la dificultad que implique probar las premisas alegadas como implícitas.

El enunciado que expresa una toma de posición del juez de mérito (una “valoración”) a partir de una percepción sensorial determinada será ya un enunciado inferencial, pues estará apoyado en otros enunciados, seguramente implícitos (pero que nada impide que queden explicitados), a saber: los enunciados que le permiten cotejar el valor de ese elemento de prueba con el de otros (Pérez Barberá, Gabriel, 2007: 250).

Hechas estas salvedades, queda claro que el ámbito de lo que es producto de la pura inmediación es extremadamente restringido. También lo será el ámbito de lo que pueda vulnerar a la inmediación como garantía para el justiciable.³⁸ Y lo que es más relevante: lo que está fuera de ese restringido campo es susceptible de control por cualquier individuo, aun cuando éste se encuentre en una posición epistémica diversa. Lo único necesario es hacer explícitas las reglas de sustento y los eventuales respaldos que cimientan el paso del dato a la pretensión. Todo razonamiento, todo argumento probatorio, es controlable en estos aspectos. De aquí que la exclusión de la valoración de la prueba como motivo de agravio en la apelación (artículo 468, inc. 2, CNPP) sea una solución para un falso problema.

³⁸ La SCJN ha dado ya algún paso en esta dirección argumentativa en el Amparo directo 191/2014, aunque sin distinguir claramente entre enunciados inferenciales y enunciados producto de la inmediación. Se dice allí, en todo caso, que “no es posible, so pretexto de privilegiar la inmediación, que en el recurso de alzada o en el juicio de amparo, no sea revisable la percepción de los hechos por el juzgador que recibió directamente las pruebas, porque ello es insustituible; pues con esa falacia, se encubre una valoración de íntima convicción y evita motivar las sentencias judiciales, entendidas éstas como su justificación y, por ende, no permite realizar su control racional”.

Mas es una solución para un problema inexistente que, adicionalmente, es en sí misma perniciosa. Ello así en la medida en que se trata de una estrategia de diseño legislativo que afecta las garantías constitucionales relativas a la justificación de la premisa fáctica de la decisión judicial. En este orden de ideas, la Constitución garantiza la valoración “libre y lógica” de las pruebas por parte del tribunal de juicio (artículo 20, A, II, CPEUM), así como la prohibición de condenar sino frente a “convicción de la culpabilidad” (artículo 20, A, VIII, CPEUM). La legislación procesal, por su parte, garantiza que sólo se condenará penalmente cuando haya prueba “más allá de toda duda razonable” (artículos 359 y 402, CNPP). Si estas exigencias se tornan incontrolables por disposición legislativa, pues en gran medida se las ha convertido, por decreto, en garantías aparentes.³⁹ De más está decir que todo lo dicho torna a la norma limitativa del artículo 468, inc. 2, en contraria a la exigencia de doble conforme de los artículos 8.2.h), CADH y 14.5, PIDCP, de conformidad con la interpretación que de ellos llevan a cabo los organismos internacionales.

No obstante todo lo dicho, paradójicamente, el propio código insinúa una solución al problema. En efecto, siempre será una vía de acceso “indirecta” para el control de la inferencia probatoria y de lo relativo a la valoración de la prueba la propia cláusula del artículo 468, inc. 2, del CNPP *in fine*. Se establece en esa parte final de la disposición normativa, que la sentencia definitiva es apelable con relación a los actos que impliquen una violación grave del debido proceso.

Pues bien, es plausible asumir que la necesidad de motivación de la sentencia es un componente irrenunciable del debido proceso. Es plausible asumir también que la valoración “libre y lógica” de la prueba de conformidad con las reglas de la SCR, así como la supeditación de condena a la presencia de prueba “más allá de toda duda razonable” son componentes irrenunciables para que una sentencia esté motivada. Luego, el respeto de las reglas de la SCR y la correcta aplicación de los estándares probatorios hacen al debido proceso constitucional (así parece a partir de los artículos 20, A, II, CPEUM, y 259, 265, 359, CNPP). Se ha visto además que el principio de razón suficiente es un principio de la SCR. En consecuencia, todo parece indicar que la violación al principio de razón suficiente en la valoración de la prueba, así como la vulneración cualquier

³⁹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 2009 [1960], p. 155.

otro principio de valoración probatoria, puede ser objeto de revisión en apelación como violación grave al debido proceso.⁴⁰

Más específicamente, y volviendo a lo dicho precedentemente, tanto el aspecto relativo a la (i) presencia de pruebas epistémicamente relevantes y lo que de ellas se infiere, cuanto el aspecto concerniente a (ii) la suficiencia axiológica de esas pruebas para adoptar la decisión de que se trate, serían revisables en la etapa impugnativa. Y en este último sentido, en algunas ocasiones y bajo ciertas concepciones de los estándares de prueba, es dable sostener que lo que se estaría revisando en alzada es, más que una “cuestión de hechos”, una “cuestión de derecho”. En efecto, el tipo de agravios que apuntan a (ii) pueden ser divididos en: (ii.1) agravios relativos a si de hecho se satisfizo el umbral de suficiencia del estándar de prueba en vigor, y (ii.2) agravios relativos a la correcta identificación del estándar de prueba que la legislación impone, por ejemplo, alegando una incorrecta interpretación del enunciado relativo al “más allá de toda duda razonable”. En este último caso, incluso las cuestiones relativas a la valoración de la prueba se presentan como cuestiones de derecho.

Sea como fuere, por cierto, la revisión concerniente a lo auténticamente fáctico-probatorio tendrá un límite: no podrá ir más allá de lo entimemático, limitándose en su máxima expresión a la explicitación de premisas ocultas y control de la corrección de las inferencias. Pero los límites son mucho menores de lo que parece asumirse normalmente, y el ámbito que esa delimitación deja a la revisión no debe ser oscurecido: en todos los casos será epistémicamente posible evaluar, controlar, juzgar sin más la real entidad, la pertinencia y la fortaleza del sustento (en términos toulminianos) de toda máxima de experiencia en juego, sea que en la decisión se la haya ocultado voluntaria o accidentalmente, sea que se la haya explicitado. En otras palabras, podrá controlarse todo aquello que no sea producto exclusivo de la inmediación, y esto, como se vio, es mucho menos de lo que suele

⁴⁰ Reza la disposición del artículo 359, CNPP, relativa a la sentencia del tribunal de juicio: “El Tribunal de enjuiciamiento deberá hacer referencia en la motivación que realice, de todas las pruebas desahogadas, incluso de aquellas que se hayan desestimado, indicando las razones que se tuvieron para hacerlo. La motivación permitirá la expresión del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones contenidas en la resolución jurisdiccional. Sólo se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable. En caso de duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento absolverá al imputado”. Véase también el artículo 265, CNPP.

pensarse. Y a todo lo dicho ha de agregarse, todavía, el hecho de que los medios tecnológicos actuales permiten acercar notablemente al revisor a la situación epistémica del tribunal de juicio.⁴¹

VI. CONCLUSIÓN

En el nuevo CNPP, el legislador parece haber introducido una restricción radical para la revisión de las cuestiones concernientes a la valoración de la prueba por medio del recurso de apelación en el proceso penal. Esa restricción se ha basado, en apariencia, en una pretensión de protección del principio de inmediación. Esta necesidad de protección parece basarse en la asunción de que sólo pueden controlar cuestiones relativas a la valoración de la prueba y determinación de los hechos aquellas personas que compartan la posición epistémica del juzgador frente al cual se desahogan las pruebas en primera instancia.

En este artículo se ha demostrado que esa asunción es falsa y que se basa en una exageración de aquello que es producto de la inmediación. Se ha puesto de manifiesto que todas las inferencias implicadas en el razonamiento probatorio son susceptibles de revisión, incluso las no explícitas. Y se ha sugerido además que los aspectos cruciales de la valoración de la prueba son, precisamente, de carácter inferencial.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ Regla, J., “Presunciones, verdad y normas procesales”, *Isegoría*, 35, 2006.
- ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2006 [1971].
- ALLEN, R. J., “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico”, en VÁZQUEZ, C., *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2013.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

⁴¹ Sobre el punto, también SCJN, Amparo directo 191/2014.

- ATIENZA, M., *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ATIENZA, M., *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, México, 2003, UNAM.
- BAYÓN MOHINO, J. C., *Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales: la parte sorprendente*, en MORESO, J. J. & REDONDO, M. C., *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- BAYÓN MOHINO, J. C., “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Analisi e diritto*, 2008, 2009.
- BINDER, A. M., *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.
- CAFFERATA NORES, J. I., *Proceso penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2000.
- CANALE, D., “Il ragionamento giuridico”, en PINO, G. *et al.*, *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo (Estratto)*, Torino, Giappichelli, 2013.
- COMANDUCCI, P., “Osservazioni in margine”, en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R., *L'analisi del ragionamento giuridico: materiali and degli studenti*, Torino, G. Giappichelli, 1987.
- COMANDUCCI, P., “La motivazione in fatto”, en UBERTIS, G. *et al.*, *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1992.
- COUTURE, E. J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1958.
- DEI VECCHI, D., “Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2014.
- DEI VECCHI, D., *Problemas probatorios perennes*, México, Fontamara, 2018.
- FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- FERRER BELTRÁN, J., “Está probado que p”, en TRIOLO, L. *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, I, Torino, G. Giappichelli, 2001.
- FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005.
- FERRER BELTRÁN, J., *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*, 2010.

- FERRUA, P., “Il giudizio penale: fatto e valore giuridico”, en A.A.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, G. Giappichelli, 2007.
- GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999.
- GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2005.
- GUASTINI, R., *Interpretare e argomentare*, Milán, Giuffrè, 2011.
- KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 2009 [1960].
- LAUDAN, L., “Is Reasonable Doubt Reasonable?”, *Legal Theory*, 9, 2003.
- LAUDAN, L., “La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal”, en VÁZQUEZ, C., *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 119-134, 2013.
- LLUCH, X. A., “La dosis de prueba: entre el *common law* y el *civil law*”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 2012.
- MAIER, J. B., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 1, Buenos Aires, Del Puerto, 2004.
- PÉREZ BARBERÁ, G., “Casación penal y posibilidad de control. Alcance del fallo «Casa» y del método alemán invocado por la Corte”, *Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado*, 11, 2007.
- PÉREZ BARBERÁ, G. y BOUVIER, H., “Casación, lógica y valoración de la prueba: Un análisis de la argumentación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios”, *Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado*, 9, 2004.
- STEIN, A., *Foundations of Evidence law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2005.
- TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.
- TARUFFO, M., *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009.
- TOULMIN, S., *Gli usi dell'argomentazione*, Torino, Rosenberg and Sellier, 1975 [1958].
- TWINING, W. L., “Rethinking Evidence”, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Cambridge, Basil Blackwell, 1990.

- UBERTIS, G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, Giuffrè, 1979.
- WRÓBLEWSKI, J., “Il modello teorico dell’applicazione della legge”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 46, 1967.
- WRÓBLEWSKI, J., “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, *Rechtstheorie*, 5, 1974.
- WRÓBLEWSKI, J., *Sentido y hecho en el derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 2008.