

III. Libre valoración de la prueba y estándar probatorio. Fundamentos históricos y de teoría del conocimiento

Wolfgang Frisch

La pregunta relativa a la verdad de una cierta situación de hecho o una hipótesis se plantea de modo similar tanto en el proceso civil como en el proceso penal. De allí que resulte adecuado que ella sea el objeto de un trabajo dedicado a homenajear a Rolf Stürner, estimado colega emérito, en tanto él mismo ha trabajado intensamente en este grupo de temas¹. Por cierto, la primera fase del procedimiento dirigido a la determinación de la verdad, la recopilación judicial de pruebas, sólo son comparables en forma limitada; en este punto los procesos civil y penal están dominados por principios diferentes². Pero esto es bien distinto respecto de las fases subsiguientes de valoración de la prueba. En la medida en que existen aspectos comunes, es posible hablar de cuestiones y conocimientos de una doctrina de derecho procesal general, al menos, en tanto el objetivo (común) es la

¹ Cf., p. ej. STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, 1976; ídem, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess*, 1982; ídem, “Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung”, *NJW* 1981, p. 1757; ídem, “Geschichtliche Grundlinien des europäischen Beweisrechts”, en KÖBLER *et. al.* (comp.), *Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag*, 2000, pp. 1171 y ss.; ídem, “Beweisregeln und freie Beweiswürdigung im Zivilprozess der europäischen Staaten”, en *Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag*, 2010, pp. 809 y ss.

² Ello, a pesar de la relativización sufrida por el principio de carga de la prueba en cabeza de las partes en el ordenamiento procesal civil; cf. al respecto ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17ª. ed., 2010, § 77.

determinación de la verdad (histórica). Los puntos que requieren ser explicitados comienzan con la cuestión relativa a si la ley misma debe vincular a los jueces en cuanto a la valoración de la prueba, y en qué medida. Y si resultara preferible la alternativa de la libertad frente a las reglas probatorias, resta reflexionar con relación a cómo ha de orientarse, en lo sustancial, esa libre valoración de la prueba, cómo se conduce y estructura. Una respuesta clara tiene importancia central también respecto de una tercera cuestión: a qué conclusiones ha de haber conducido la valoración judicial de la prueba a fin de que el juez pueda determinar la verdad de una cierta situación de hecho.

I. Libre valoración de la prueba y teoría legal de la prueba (reglas de prueba)

1. La respuesta a la primera cuestión, relativa a si es correcta la sujeción o la libertad del juez en materia de valoración de la prueba, puede parecer hoy tan obvia, que casi parecería superfluo plantear la pregunta. El juez sólo tiene perspectivas de averiguar la verdad si se le permite atribuirle a las circunstancias probatorias particulares la significación que a ellas les corresponde en el caso concreto según la razón y la experiencia³. Sólo de esta manera él podría tener la esperanza de llegar a la verdad de situaciones de hecho que han de haberse producido en algún momento anterior, a partir de lo presente o manifiesto hoy (en la vía de la deducción). Las reglas de prueba legales, que le prescriben al juez un cierto camino de valoración de las pruebas, en el mejor de los casos, podrían no obstaculizar este camino, por ejemplo, cuando en el caso concreto ellas apuntaran en la misma dirección que una valoración de las circunstancias de prueba del caso orientada a la experiencia y la razón. Si, en el caso concreto, ordenan algo diferente, ellas obstaculizan la averiguación de la verdad.

Esto último sólo podría evitarse si las reglas de prueba legales fueran al mismo tiempo tan amplias y diferenciadas que contuvieran aquello a lo cual también conducirían la razón y la experiencia en cualquier caso concreto. Evidentemente, esto no puede ser logrado⁴. Y, en definitiva, tampoco aportaría nada, salvo que, de

³ Acerca de la importancia central de la razón y la experiencia para la estructuración y respuesta de las cuestiones materiales relativas a la valoración de la prueba, v. infra II; de la amplia discusión, clara ya en el siglo XIX, cf. p. ej. JARCKE, "Bemerkungen über den unvollständigen Beweis, vormnehmlich in Bezug auf die außerordentlichen Strafen", en *Neues Archiv des Criminalrechts*, tomo 8, 1825, pp. 97 y ss., esp., p. 100 y ss.; idem, *Zur Criminal-Gesetzgebung. Über den unvollständigen Beweis und schrift für Criminal-rechtspflege*, tomo X, 1828, pp. 129 y ss., esp., pp. 144 y ss., 158; MITTERMAIER, *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse*, 1834, pp. 126 y ss.; v. SAVIGNY, *Über Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozess*, *Archiv für Preussisches Strafrecht*, tomo 6, 1858, p. 469 y ss., esp. 476, 481 y ss., 485 y s.; WEBER, "Über den Begriff der strafrechtlichen Gewißheit", en *Neues Archiv des Criminalrechts*, tomo 8, 1825, pp. 557 y ss., esp. pp. 568 y s.

⁴ Así, con toda claridad ya (en la discusión con una llamada teoría de las pruebas legales) el dictamen de la Comisión de Justicia Inmediata del Reino de Prusia acerca de los tribunales de jurados, 1819, 1ª.

ese modo, también estaría previsto legalmente aquello que de todas maneras establecen la razón y la experiencia. Consecuentemente, no sólo el derecho procesal penal y civil alemán se ha decidido en favor del principio de la valoración de la prueba libre de reglas legales. También el derecho procesal penal de muchos otros estados sigue este principio⁵.

Con esto, no es que las reglas de pruebas legales queden totalmente excluidas⁶. Sin embargo, ellas deben constituir una excepción dentro de un procedimiento dirigido a fomentar la verdad, en razón del peligro inmanente de errar a la verdad (histórica). Resultan aceptables sólo en tanto y en cuanto los conocimientos judiciales que se apoyen en ellas también puedan aparecer legítimamente normativamente frente a los intervinientes en el proceso también en caso de un posible error respecto de la verdad⁷.

2. De este modo, el derecho procesal actual se aparta de principios que dominaron el derecho probatorio durante siglos y que al momento de su creación no parecían menos fundadas que lo que hoy nos lo parece el principio de la libre valoración de la prueba. La valoración de las pruebas, de acuerdo con esto, estaba sujeta a reglas de prueba legales, que le prescribían al juez cómo debía proceder frente a la presencia o ausencia de ciertas pruebas⁸. Constituyen conocidos ejemplos de esas

parte, pp. 8 y ss.; FEUERBACH, *Betrachtungen über das Geschworenengericht*, 1813, p. 126; GLASER, *Handbuch des Strafprozess*, t. I, 1883, pp. 740 y ss.; GRÄVELL, *Priifung der Gutachten der Preußischen Inmediatkommission*, 1819, 2ª. parte, pp. 106 y s., esp. p. 142 (quien, sin embargo, estaba a favor, limitadamente, de una teoría de las pruebas legales); V. SAVIGNY, *Beweistheorie*, *supra* nota 3, p. 471, esp. p. 488 y ss.; de la doctrina en materia de derecho procesal civil del siglo XIX, EDEMANN, *Die Beweislehre des Civilprozesses*, 1860, pp. 67 y s., 623 y ss.

⁵ Cf. al respecto, p. ej., STÜRNER, *Festschrift für Picker*, *supra* nota 1, pp. 809 y s.: máximas procedimentales europeas de derecho procesal civil; acerca de la evolución, *supra* cit., pp. 815 y ss; ídem, en *Festschrift für Alfred Söllner*, *supra* nota 1, pp. 1171 (esp., pp. 1182 y ss.); para el derecho procesal penal, NOBILI, *Die freie richterliche Überzeugungsbildung*, 2001 (traducción del original italiano “El principio del libero convencimiento del giudice”, 1974), pp. 9 y ss, 27 y ss, 117 y ss (Francia), 147 y ss. (Alemania), 164 y ss. (Italia); otras referencias en KUNZ, “Tatbeweis jenseits eines vernünftigen Zweifels”, *ZStW* t. 121, año 2009, pp. 572 y ss. (esp. 580 y s.).

⁶ Acerca de la importancia limitada de las reglas legales de valoración de la prueba en el proceso civil, cf. STÜRNER, *Festschrift für Picker*, *supra* nota 1, pp. 809 y ss (esp. 813 y s.); con relación a las muy infrecuentes reglas probatorias en el proceso penal (p. ej., § 190 StGB), cf. PETERS, *Strafprozeß*, 4ª. ed., 1985, p. 303; acerca de las reglas de valoración de la prueba elaboradas por los tribunales de revisión, cf. SARSTEDT, “Beweisregeln im Strafprozeß”, en *Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch*, 1968, pp. 171 y ss., y STÜRNER, *Festschrift für Picker*, *supra* nota 1, pp. 809 y ss (esp. 819 y s.).

⁷ Tal como ocurre en las reglas probatorias del § 190 StGB, porque aquí está justificado, p. ej., ver una lesión al honor de la persona imputada ya en la atribución de la comisión de un delito cuando ésta ha sido absuelta del hecho con autoridad de cosa juzgada.

⁸ Acerca de la sujeción del juez a a las reglas legales de prueba, en detalle, KÜPER, *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*, 1967, pp. 127 y ss.; ídem, “Historische Bemerkungen zur „freien Beweiswürdigung“ im Strafprozeß”, en Wasserburg (comp.), *Wahrheit und Gerechtigkeit*

reglas de prueba aquellas disposiciones que ordenaban al juez tener por probadas ciertas situaciones de hecho (y condenar sobre esa base) cuando ellas eran confirmadas en forma creíble por dos testigos directos o –en el proceso penal– cuando el imputado de un delito las había admitido⁹. Reglas como esta caracterizaron al derecho procesal penal de la temprana Edad Moderna durante siglos¹⁰. Más tarde, las reglas de prueba legales tomaron la forma más bien de una teoría negativa de la prueba¹¹. De acuerdo con esto, el juez ya no debía atenerse, frente a la presencia de ciertas circunstancias, a tener pro probada la situación de hecho probada por ellas, antes bien, podía prescindir de dictar una condena cuando, a pesar de esta prueba, tuviera dudas. Por cierto, no era completamente libre. La condena sobre la base de su convicción sólo le estaba permitida cuando la situación de hecho necesaria para una condena se encontrara probada por ciertos medios de prueba (p. ej., dos testigos directos). Reglas de prueba de esta clase (pero también reglas positivas vinculantes) se registran en Alemania no sólo hasta en los derechos particulares del siglo XIX¹². Además, hacia comienzos del siglo XIX se pronunciaban fuertemente en su favor importantes procesalistas¹³. La desaparición de estas reglas probatorias de los ordenamientos procesales y su remplazo por el

im Strafverfahren, Festgabe für Karl Peters zum 80. Geburtstag, 1984, pp. 23 y ss.; NOBILI, *Freie Überzeugungsbildung*, *supra* nota 5, pp. 81 y ss.; WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, 1979, pp. 37 y ss., esp. 56 y ss.

⁹ Cf. al respecto art. 22 (respecto de la confesión) y 67 (referente a la prueba de testigos) de la Constitutio Criminales Carolina de 1532; en detalle con relación al derecho probatorio en este ordenamiento, SCHOETENSACK, *Der Strafprozeß der Carolina*, 1904, pp. 41 a 82.

¹⁰ Cf. la presentación de GEYER, “Der Beweis im Strafprozeß”, en Holtzendorff (comp.), *Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts*, 1879, t. I, pp. 198 y ss.; KRIETER, *Die historische Entwicklung der Prinzipien der freien Beweiswürdigung im Strafprozeß*, tesis doctoral Göttingen, 1926, pp. 6 y s.; KÜPER, *Richteridee*, *supra* nota 8, pp. 129 a 141; MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, pp. 15 y ss.; THÄLE, *Die Verdachtsstrafe in der kriminalwissenschaftlichen Literatur des 18. und 19. Jahrhunderts*, 1993, pp. 26 y s., con otras referencias.

¹¹ Importante, en este contexto, FILANGIERI, *System der Gesetzgebung* (La ciencia della legislazione, 1780-1785), versión alemana de J.C.Siebenkees, 8 tomos, 2ª. ed., 1788-1791, t. III, pp. 228 y ss.; acerca de ala adopción de esta perspectiva en la literatura alemana, KÜPER, *Richteridee*, *supra* nota 8, pp. 140 y ss., 236 y ss.; WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 8, pp. 66 y s.; acerca de la distinción entre teoría de la prueba positiva y negativa, con más detalle, v. SAVIGNY, *Beweistheorie*, *supra* nota 3, pp. 471 (481 y ss.); KRIETER, *Beweiswürdigung*, pp. 3 y s., 7 y ss.; NOBILI, *Richterliche überzeugungsbildung*, *supra* nota 8, pp. 154 y ss.

¹² Compilación en GLASER, *Beiträge zur Lehre vom Beweise im Strafprozeß*, 1883, pp. 12 y ss.; ejemplos en WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 8, pp. 66 y s.; como ejemplo de una ordenanza procesal vinculada a la teoría positiva de la prueba, La Ordenanza Criminbal Prusiana de 1805 (allí §§ 370 y ss.); como ejemplo de la concreción de la teoría negativa de la prueba, la Ordenanza Procesal de Baden, de 1845 (allí, § 270).

¹³ Cf. p. ej., FEUERBACH, *Geschworenengericht*, *supra* nota 4, pp. 132 y ss.; MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, pp. 84 y ss.; ZACHARIÄ, *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens*, 1846, pp. 185 y ss.; para el proceso civil, p. e., GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, 1801, tomo 2, p. 255; v. GROLMANN, *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*, 1800, p. 120; REINHARDT, *Handbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Processes*, primera parte, 1823, p. 372.

principio de la libre valoración de la prueba en el transcurso del siglo XIX se debe a diferentes razones.

3. Seguramente, en la segunda mitad del siglo XVIII y a comienzos del XIX se ha de haber advertido con mayor claridad que hasta ese momento cuán problemática resultaba, por ejemplo, la llamada prueba “perfecta” de los antiguos ordenamientos procesales desde la perspectiva de llegar a la verdad. Las investigaciones de la filosofía de la Ilustración en materia de teoría del conocimiento, con el planteo de la cuestión relativa a qué es lo que podemos conocer, y las ciencias empíricas, tales como la psicología, habían acentuado la conciencia con respecto a lo dudoso de los esfuerzos dirigidos a querer averiguar la verdad con estos instrumentos¹⁴. Al ismo tiempo, los intentos emprendidos por otras ciencias, tal como la historia, en pos de la reconstrucción del pasado, ponían de manifiesto que tales reconstrucciones debían tomar en consideración la totalidad del material relevante y del saber empírico, y que no podían realizarse sobre la base de partes obtenidas en forma selectiva¹⁵. Condenas admitidas como errores judiciales a posteriori también hicieron su aporte al descrédito de las reglas probatorias que había conducido a su dictado.

Sin embargo, no fue sólo el peligro, mejor fundado en la teoría y cada vez más visible, de errar a la verdad, el que condujo a la desaparición de las reglas de prueba legales. También hizo un aporte esencial hacia esta evolución una modificación en el ámbito de la comprensión fundamental y las condiciones básicas del procedimiento probatorio. Esto se advierte con mayor claridad, por cierto, en el procedimiento de pruebas penales.

4. Su objetivo dentro del procedimiento inquisitivo consistió, por siglos, en la condena del inquirido sospechado del hecho, o al menos, en determinar si existían en su contra las pruebas que comprobaban el hecho y lo condenaban¹⁶. Los medios de prueba eran asegurados y valorados en el trasfondo de este planteo de la cuestión. Lo que interesaba no era una reconstrucción de lo históricamente

¹⁴ Cf., p. ej., las reflexiones diferenciadas de BECCARIA, *Über Verbrechen und Strafen* (Dei delitti e delle pene, 1765), versión alemana de Alff, 1966, con respecto a la prueba de testigos (cap. XIII), Indicios (cap., XIV) y acerca de la tortura (cap. XV); FILANGIERI, *System*, *supra* nota 11, pp. 228 y ss.; VOLTAIRE, “Commentaire sur le livre des delits et des peines”, 1766, en *Oeuvres completes*, 1785-1789, vol. XIX, § XXIII, p. 264; otras referencias relativas a la toma de posición de los filósofos de la Ilustración, en NOBILI, *Richterliche Überzeugungsbildung*, *supra* nota 5, pp. 99 y ss.

¹⁵ Con relación a los paralelos entre el trabajo del juez en la valoración de las pruebas y el del historiadors, cf., p. ej., JARKE, *Zur Criminalgesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss., esp., p. 144 y s.; ABEGG, *Lehrbuch des gemeinen Criminal-Prozesses*, 1855, pp. 140 y s.; otras referencias de la literatura italiana, en NOBILI, *Richterliche Überzeugungsbildung*, *supra* nota 8, pp. 38 y s., quien, por cierto, al dejar de lado el contexto normativo, es escéptico.

¹⁶ THÄLE, *Verdachtsstrafe*, *supra* nota 10, pp. 25; ver también KÜPER, *Richteridee*, *supra* nota 8, p. 131, con otras referencias acerca de las citas correspondientes de los comentarios a la Carolina.

verdadero que fuera sostenible desde el punto de vista de la teoría del conocimiento y de las ciencias empíricas. Antes bien, de lo que se trataba era de encontrar aquellas pruebas que en ese tiempo aparecían como suficientemente fuertes como para tener por culpable al inquirido, y según las concepciones de la época, legitimar su condena. La confesión del hecho por parte del inquirido mismo o su imputación por dos testigos del hecho creíbles tenían para el pensamiento de la época, más apegado a una cierta simbología o ideología de la prueba que a la teoría del conocimiento o al pensamiento empírico, constituían esas pruebas decisivas. Si ellas estaban presentes, la así llamada prueba perfecta¹⁷, el hecho, desde ese punto de vista, estaba probado; así, ya no quedaba espacio para una valoración amplia de las pruebas destinada a la fundamentación de la verdad¹⁸.

Este espacio sólo podía surgir en tanto se pusiera en cuestión la idea rectora del procedimiento inquisitivo, y se pusiera decididamente en el centro del proceso no ya el tener por culpable al inquirido por medio de una prueba perfecta, sino de la averiguación de la verdad histórica, y se reflexionara nuevamente acerca de la cuestión de la prueba, a partir de ese punto, sin prejuicios. Sólo a partir de esa perspectiva podía realmente llegar a tener efecto la crítica a las reglas positivas de la prueba fundada (también) empíricamente y en la teoría del conocimiento. Inicialmente esto ya sucedió —sobre la base de la literatura de la Ilustración¹⁹— dentro del procedimiento inquisitivo, con el paso de las reglas de prueba positivas a conceptos de teorías negativas de la prueba: el juez ya no estaba obligado a condenar frente a la presencia de ciertas pruebas (p.ej. la declaración de dos testigos) a pesar de que tuviera dudas acerca de la comisión del hecho (esto es, acerca de la verdad de lo dicho), es decir, cuando no tenía la convicción de aquél²⁰. Antes bien, le estaba prohibido condenar solamente cuando no pudiera apoyar la propia convicción de la comisión del hecho en ciertas pruebas calificadas. De este modo, la teoría de la prueba ya no pretende asegurar la verdad, sino que únicamente se esfuerza por evitar condenas problemáticas.

¹⁷ Acerca de la distinción entre prueba perfecta (completa) e imperfecta (incompleta cf. p. ej., FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 1801, §§ 594 y s.; v. GLOBIG, *System der Gesetzgebung für das gerichtliche Verfahren*, 1809, pp. 141 y ss.; acerca del procesocivil, p. ej., v. GROLMANN, *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*, 4ª. edición, 1819, pp. 120 y ss.; WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 8, p. 79.

¹⁸ Si bien para la Carolina la verdad de la prueba de confesión, central durante mucho tiempo, no debía quedar fuera de consideración, sino que se debía examinar su credibilidad (al igual que respecto de los testigos), en la práctica, en general, esto se manejaba bien superficialmente; este procedimiento no resultaba comparable con la actual valoración de la prueba; cf. al respecto también THÄLE, *Verdachtsstrafe*, *supra* nota 10, p. 25.

¹⁹ Cf. p. ej. BECCARIA, *Über Verbrechen*, *supra* nota 14, cap. XII a XV; FILANGIERI, *System III*, *supra* nota 11, pp. 22 y ss.; VOLTAIRE, *Commentaire*, *supra* nota 14, pp. 263 y ss.; otras referencias en NOBILL, *Richterliche Überzeugungsbildung*, *supra* nota 5, pp. 99 y ss.

²⁰ Cf. KÜPER, *Richteridee*, *supra* nota 8, p. 191: “Función de control” de la convicción judicial.

5. Estas obligaciones restantes también fueron cayendo con el tiempo, y esto se relaciona con otras modificaciones en el ámbito de las condiciones básicas del procedimiento de prueba. El objetivo de las obligaciones, desde la perspectiva de la teoría negativa de la prueba, era la protección del imputado frente al arbitrio judicial. A fin de asegurar esa protección, el juez sólo debía estar autorizado a condenar, cuando existieran –además de su convicción– medios de prueba calificados. La razón para garantizar esa protección se relacionaba, fundamentalmente, con la dependencia de los jueces designados respecto del señor feudal. Una valoración judicial de la prueba completamente libre aparecía, desde la perspectiva de esta dependencia, como un peligro demasiado grande para la libertad del ciudadano²¹.

Correspondientemente, también cayeron las sujeciones por la derrota de la teoría negativa de la prueba en tanto y en cuanto se consideraba que este peligro ya no estaba presente. Este era el caso, en principio, en la medida en que la jurisdicción recaía en manos de jueces legos (jurados). A ellos no sólo se les atribuía la racionalidad y experiencia necesarias para el juzgamiento de la cuestión probatoria o de hecho. Además, ellos aparecían como suficientemente independientes como para permitirles (y confiarles) el juzgamiento de la cuestión de hecho libre de reglas de prueba²². Correspondientemente, el Code d'instruction criminelle francés al tiempo que introducía el juicio por jurados, decretaba su libertad de reglas de prueba legales; los jurados debían decidir conforme su íntima convicción ("Intime conviction") y sobre la base de todas las pruebas producidas en el debate a favor y en contra del acusado, si el acusado había cometido el hecho²³. Pronto aparecen reglas similares en otros estados, también en los códigos particulares de Alemania²⁴.

²¹ Así, p. ej., MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, supra nota 3, pp. 120 y s.; otras referencias, en detalle, KÜPER, *Richteridee*, supra nota 8, pp. 218 y s.; ver también NOBILI, *Richterliche Überzeugungsbildung*, supra nota 5, p. 144 y ss., esp. 153 y ss.; EB. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3a. ed., 1965, pp. 329 y ss, esp. 333 (reproducción de una opinión de v.Gagern), 334, 335, 339 y s., 341 y s.; V. SAVIGNY, *Beweistheorie*, supra nota 3, pp. 471 y ss. (p. 474 [con relativizaciones]).

²² Cf. el aporte a la discusión de Duport en la Convención constituyente (francesa) del 4 de enero de 1791, reproducida por NOBILI, *Richterliche Überzeugungsbildung*, supra nota 5, pp. 128 y s.; MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, supra nota 3, pp. 120 y s.

²³ Cf. art. 242 del Code d'instruction criminelle de 1808; con anterioridad a esto, ya un decreto de 1791 y las leyes de 1795 y 1801; una presentación de la evolución en NOBILI, *Richterliche Überzeugungsbildung*, supra nota 5, pp. 119 y ss., 139 y ss. y WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, supra nota 8, pp. 68 y ss.

²⁴ Un excelente panorama de la evolución en estados alemanes particulares en GEYER, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafverfahren*, 1880, pp. 146 y ss.; esp. 155 y ss.; en Austria, loc. cit., pp. 182 y ss., y KRIETER, *Beweiswürdigung*, supra nota 10, pp. 12 a 65; ver además, KUNZ, *Tatbeweis*, supra nota 5, pp. 583 y s. (otros estados); NOBILI, *Richterliche Überzeugungsbildung*, supra nota 5, pp. 147 y ss. (estados alemanes); V. SAVIGNY, *Beweistheorie*, supra nota 3, pp. 471 y ss., esp. 472 y s., 482 y s.; Eb. Schmidt,

La autorización para decidir acerca de la cuestión de hecho, libre de reglas de prueba, sólo a partir de las convicciones personales, en principio, estaba limitada a los jurados; a los jueces profesionales no se les concedía (aún) esta libertad. A ellos sólo les fue abierta una valoración de la prueba y de la cuestión de hecho libre de reglas de prueba legales luego de que también su independencia apareciera suficientemente asegurada. En los estados alemanes particulares –al igual que en una serie de estados europeos– las base para esto quedaron sentadas en el curso del siglo XIX²⁵. De este modo, también el principio de la libre valoración judicial de la prueba y de la decisión conforme la convicción personal se convierte primero en un principio general para la decisión de la cuestión de hecho en las ordenanzas procesales penales de los estados particulares²⁶, y luego, en la Ordenanza Procesal Penal del Imperio de 1877 (hasta 1924, § 260, luego, § 261)²⁷.

6. Mucho más lenta que en el proceso penal, y en relación con éste, desplazada en el tiempo, fue la evolución en el proceso civil. Por cierto, al finalizar el siglo XVIII y comenzar el XIX, también aquí eran conocidos los déficits de la teoría de las

Geschichte, *supra* nota 21, pp. 333 a 337; SCHWINGE, *Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung*, 1926, pp. 6 y ss., esp. 66 y ss.

²⁵ Cf. pej. las constituciones de Baviera (1818, título VIII, § 3), Baden (1818, § 14), Württemberg (1819, § 93), Chur-Hessen (1831, §123), Sajonia (1831, § 47), Prusia (1848, § 85) y la Paulskirchenverfassung de 1849 (§175); en detalle, al respecto, Kotulla, *Die verfassungsrechtliche Ausprägung der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit im 19. Jahrhundert*, DrZ, 1992, pp. 285 y ss.

²⁶ Cf., p. ej. la introducción en Prusia mediante ley del 17 de julio de 1846 (§ 19) y la disposición del 3 de enero de 1849; en detalle, KÜPER, *Richteridee*, *supra* nota 8, pp. 221 y ss, esp. 238 y s.; y KRIETER, *Beweiswürdigung*, *supra* nota 10, pp. 24 y s.; una introducción a otros estados particulares en GEYER, *Lehrbuch*, *supra* nota 24, pp. 700 y s.; v. KRIES, *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, 1892, pp. 61 y s.; KRIETER, *Beweiswürdigung*, *supra* nota 10, pp. 12 a 18 y 27 a 65; SUNDELIN, *Sammlung der neueren deutschen Gesetze und Strafverfahren*, 1861, pp. 158 y s.; (Hannover, § 156), 204 (Hessen, 1º título, art. 5), 436 (Sachsen-Altenburg, art. 238), 494 (Oldenburg, 1º título, art. 5) y 641 (Sajonia, 1º cap., art. 10); acerca de la muy anterior (impuesta) introducción de la libre valoración de la prueba para jueces profesionales en Italia, cf. NOBILI, *Richterliche Überzeugungsbildung*, *supra* nota 5, pp. 164 y ss; un panorama acerca de la evolución posterior en v. SAVIGNY, *Beweistheorie*, *supra* nota 3, pp. 471 (esp. 482 y s.).

²⁷ Naturalmente –además de asegurar la independencia– también jugaron un papel otras circunstancias, tales como el punto de vista que se iba imponiendo de a poco relativo a que sujeción del juez contenida en las reglas legales no desaparecía del todo sino que eran reemplazada por reglas del pensamiento y de la experiencia (esto es acentuado, con razón, por KÜPER, *Freie Beweiswürdigung* [*supra* nota 8], p. 23, [esp. 33 y ss.]. Sin embargo, resulta característico que a pesar de que esta opinión relativa a la renuncia a la sujeción de los jueces profesionales a reglas de prueba legales ya estaba consolidada en los años 30 del siglo XIX, ella no se produjo sino hasta que, mediante la garantía constitucional de la independencia, también pareció asegurado a los jueces profesionales que era suficiente con las sujeciones menos explícitas para protegerse de la justicia dependiente (cf. también GEYER, “Der Beweis im Strafprozess”, en VON HOLTZENDORFF (comp.), *Handbuch des deutschen Strafprozessrechts*, tomo I, 1879, p. 201: 1948 como momento del “viraje” y PATERMANN, *Die Entwicklung des Prinzips der freien Beweiswürdigung im ordentlichen deutschen Zivilprozess in Gesetzgebung und Lehre*, tesis doctoral Bonn, 1969, pp. 172 y ss.).

pruebas legales²⁸. Pero la institución que en el proceso penal constituyó el elemento desencadenante para un apartamiento parcial, al menos por el momento, de la teoría de las pruebas legales, esto es, el juicio por jurados o el jurado, en el proceso civil era prácticamente rechazado por completo. Por ello, no es sorprendente que el reclamo en pos de una libre valoración de la prueba recién apareciera aquí cuando en la discusión en el proceso penal se hizo cada vez más claro que no era posible sostener la limitación del principio de la libre valoración de la prueba a los tribunales de jurados. Naturalmente, puestos los fundamentos de este modo, la evolución se produjo con rapidez: pocos años después del reclamo de Endemann de derogar las reglas de pruebas legales²⁹, y de que tres juristas de ocuparan de la cuestión, los proyectos para la creación de un ordenamiento procesal civil para los Estados federados alemanes ya preveían la libre valoración de las pruebas también en el proceso civil³⁰, y finalmente, se convirtieron en derecho vigente bajo la forma del § 259 (hoy §286) de la Ordenanza Procesal Civil.

Las reflexiones que anteceden muestran —necesariamente, en forma esquemática— cuáles fueron los obstáculos que debieron ser sorteados hasta que se pudiera imponer el punto de vista, que hoy parece casi evidente, de que la determinación de lo verdaderamente sucedido históricamente no es posible en el proceso mediante reglas legales rígidas, sino sólo a través de una valoración de la totalidad del material probatorio puesto de manifiesto durante el proceso libre de tales reglas. El proceso penal debió liberarse primero de la restricción de la cuestión de la verdad, usual en el procedimiento inquisitivo, a la existencia de una prueba “perfecta”, esto es, condenatoria, definida legalmente; se debió imponer la noción de la inutilidad de soluciones legales rígidas como instrumentos para la comprensión de la verdad en situaciones probatorias muy diversas; pero también la independencia (y neutralidad) del juez era una condición importante para facultarlos a valorar la prueba libres de reglas de prueba legales.

Por cierto, la libertad frente a reglas de prueba legales así lograda y entendible, sólo constituye un aspecto de la valoración de la prueba. Más allá de esta libertad ¿qué es la valoración judicial de la prueba? ¿Qué es lo que la guía, cómo se estructura?

II. Acerca de la estructura y el parámetro de la libre valoración de la prueba

1. En este punto, elemental para la práctica de la valoración de la prueba, las afirmaciones teóricas de la doctrina procesal penal se tornan, en su mayoría,

²⁸ Cf., PATERMANN, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 27, pp. 17 y ss.; WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 8, pp. 78 y s.

²⁹ Cf. ENDEMANN, *Beweislehre*, *supra* nota 4, ya en el prólogo y pp. 623 y ss., esp. 633.

³⁰ En detalle al respecto, WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 8, pp. 83 y ss.; PATERMANN, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 27, pp. 155 y ss.

sorprendentemente escasas. Esto también rige respecto de los trabajos fundamentales sobre teoría de la prueba que en el siglo XIX prepararon y acompañaron el paso hacia el principio de la libre valoración de la prueba. En ellos se menciona –al igual que hoy– como tópicos junto a la libertad, especialmente, la razón y la experiencia³¹. Otros destacan la importancia de los fundamentos: tendríamos, en su caso, motivos, para aceptar como verdaderas ciertas situaciones de hecho³². Pero no se dice exactamente en qué relación se encuentran libertad, razón, experiencia y motivos entre sí. Se trasmite una imagen que recuerda a la doctrina de la discrecionalidad limitada³³. Según esto, la libertad de la valoración de la prueba no es completamente libre, sino que es *limitada* por la razón y la experiencia³⁴. Desde el punto de vista estructural, de lo que parece tratarse es de captar, de *analizar*, los motivos en favor y en contra de la verdad de cierta situación de hecho, y dado el caso, de *ponderarlos* entre sí³⁵, y así llegar a una representación definitiva de la verdad (o no verdad) de una cierta situación de hecho. Estas descripciones e imágenes no son incorrectas. Pero requieren ser precisadas en diferentes aspectos.

La razón y la experiencia no son, en primer término, límites a la libertad de la valoración de la prueba. Esa libertad sólo existe en relación con la ley; en esa medida, la valoración de la prueba está libre de pautas en la forma de reglas de prueba legales. En la relación con la razón y la experiencia no existe libertad, sino una vinculación constante: si no ha de errarse al objetivo de la determinación de la verdad, la valoración de la prueba, en cada uno de sus pasos y actos parciales, ha de orientarse a la razón y la experiencia. Ellas constituyen la columna vertebral de la valoración de la prueba, que la acompaña y guía en cada uno de sus pasos.

³¹ Tales JARCKE, MITTERMAIER y V. SAVIGNY (todos en *supra* nota 3); hoy, p. ej. KUNZ, *Tatbeweis*, *supra* nota 5, pp. 572 y ss., esp. p. 576 y s.

³² Cf., p. ej., ABEGG, *Lehrbuch des gemeinen Criminal-Prozesse*, 1855, pp. 138 y ss.; JARCKE, *Criminal-Gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss. 129 y ss., esp. 133 y passim, p. ej., 138, 140 y s., 150 y s.; también V. SAVIGNY, *Beweistheorie*, *supra* nota 3, pp. 471 y ss., esp. 484 y s.).

³³ También el concepto mismo de “discrecionalidad” es utilizado una y otra vez en el contexto de la valoración de la prueba; cf., p. ej., JARCKE, *Criminal-Gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss., esp., 156; MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, pp. 16 y ss., esp. 19 y s., 85; V. SAVIGNY, *Beweistheorie*, *supra* nota 3, pp. 471 y ss., esp. 476, 487: espacio de la discrecionalidad pp. 488, 489, 491); diferente, hoy, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, *supra* nota 2, §112, n° 3.

³⁴ Cf., por todos, en la literatura procesal actual, p. ej., SCHORIET, en *Karlsruher Kommentar StPO*, 6ª. ed., 2008, §261, VI: Logik, Erfahrungssätze und gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse als „Grenzen der freien richterlichen Beweiswürdigung“; similar, ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 27a. ed., 2012, §45, n° 49 y ss.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, *supra* nota 2, §112, n° 37.

³⁵ Cf., p. ej., MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, p. 14; JARCKE, *Criminal-Gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss., esp. 134; GEYER, *Beweis*, *supra* nota 27, p. 93; MEZGER, *Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß*, suplemento de la AcP 117, 1918, pp. 158 y ss.

Pero no sólo resulta problemática la imagen de la libertad limitada por la lógica y la experiencia. En función de la estructura de la valoración de la prueba, tampoco es correcto hablar de analizar mediante la ponderación. En realidad, los fundamentos o los medios de prueba no se ponderan entre sí a fin de establecer cuál es el de mayor peso. Antes bien, se establece la relación entre los medios de prueba y determinadas hipótesis. Lo que se pregunta, según esto, es si tales hipótesis son compatibles con los elementos de prueba y cuáles de ellos las sustentan. Al mismo tiempo, de lo que se trata es de descartar hipótesis concurrente a partir del material de prueba. En tanto exista material de prueba que se oponga a la hipótesis a ser comprobada, la cuestión que se plantea, relativa a si es posible desvirtuar la relevancia de ese material probatorio, es algo totalmente diferente a la que se presupone en la ponderación. En líneas generales, el procedimiento de la valoración de la prueba se asemeja a la determinación de la verdad (histórica) que realiza el historiador, y en este sentido, ha sido descrita también en la teoría del conocimiento³⁶, la teoría del derecho³⁷ y en algunas obras de doctrina de derecho procesal³⁸.

2. Las hipótesis que han de ser examinadas y confirmadas surgen, en principio, del derecho material³⁹. Éste es el que establece qué es lo que debe estar probado como verdadero y qué debe quedar excluido a fin de que pueda recaer una determinada sentencia. De este modo, por regla general, interesa la verdad no de una, sino de varias hipótesis. A partir del ejemplo de la condena en el proceso penal: aquí no sólo debe estar probado que el acusado ha realizado un cierto suceso externo (que reúne los elementos del tipo de un delito). Además, se debe comprobar como verdadera la hipótesis de que, al hacerlo, el acusado actuó con una cierta actitud subjetiva (dolo, cierta finalidad). Además de esto, debe estar probado que no se han dado ciertas situaciones de hecho que, según el derecho material, excluyen la punibilidad (causas de justificación o de disculpa).

³⁶ Cf. esp., KRAFT, *Erkenntnislehre*, 1960, pp. 241 y ss; cf. en la literatura filosófica, además, LOTZE, *Logik*, 1874, Libro 2, Cap. 9, pp. 421 a 425 (nº 278 a 280), SIGWART/MAIER, *Logik*, tomo 2, 4ª. ed., 1911, § 99, pp. 613 y ss.).

³⁷ Cf., asimismo, en detalle, ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3a. ed., 1963, pp. 60 y ss., 75 y ss., HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles*, 1965, pp. 12 y ss.; Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 11a. ed., 2012, pp. 75 y s.

³⁸ Cf. de la literatura antigua p. ej., ya JARCKE, *Criminal-Gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss., esp. 182 y ss.; más tarde, GLASER, *Lehre vom Beweis*, *supra* nota 12, pp. 132 a 152; ídem, *Handbuch des Strafprozesses I*, 1883, pp. 344 y ss., 736 y ss.; PLANCK, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht II*, 1896, pp. 165 y ss., 190 y ss.; RUMPF, *Der Strafrichter I*, 1912, pp. 182 y ss.; de la literatura procesal más actual, DÖHRING, *Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß*, 1964, pp. 429 y ss.; FREUND, *Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“*, 1987, pp. 12 y ss.; FRISCH, “Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung”, en GEPPERT et. al. (comp.), *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, 1990, pp. 533 y ss., esp. p 554 y ss.

³⁹ “En principio”, por cuanto al examinar estas hipótesis pueden surgir otras que deban ser examinadas; cf. al respecto *infra* y, esp. texto vinculado a la nota 41.

a) La prueba (de la verdad) necesaria con relación a estas hipótesis presupone (en principio) que la hipótesis a ser comprobada sea compatible con el material probatorio recogido y que pueda ser sustentada (confirmada) por él.

Esta confirmación exige, por ejemplo en el caso de las manifestaciones de testigos o peritos, no sólo que éstas confirmen materialmente (en forma total o parcial) la hipótesis⁴⁰. El apoyo (de la verdad) de la hipótesis sólo se produce cuando, al mismo tiempo, es posible partir de la veracidad de la manifestación⁴¹. A su vez, esto presupone que la manifestación, y especialmente, también el declarante de la manifestación, cumplan una serie de requisitos⁴². El declarante, por ejemplo, por el lugar en que se encontraba, sus capacidades sensoriales, demás condiciones del lugar del hecho, etc., debe haber podido percibir correctamente el suceso referido; debe tener la capacidad de memoria necesaria con relación a la experiencia de ese momento; debe aparecer asegurado que ha hecho uso de esa capacidad durante el proceso, como así que quería decir la verdad y que no tenía motivos para distorsionarla o para declarar injustamente en contra del acusado. Con relación a los peritos, además, debe aparecer asegurado que cuentan con la pericia necesaria para el análisis de las cuestiones que les han sido planteadas y que han aplicado su ciencia en la forma debida. Con respecto a los documentos que comprueban una cierta acción (p.ej., un engaño), del mismo modo, se debe asegurar que son auténticos y que se corresponden con los documentos presentados en su momento (p.ej., que no fueron cambiados), etc.⁴³.

Del mismo modo se presenta la cuestión, posterior a la valoración de la prueba en todos estos casos, relativa a si aquéllos (o en su caso, otros) cumplen los requisitos significativos para asignar fuerza probatoria al medio de prueba, o si no hay razones, en el caso concreto, para dudar que ellos se den, o incluso que hagan pensar que no se dan. Si tales dudas no pueden ser descartadas y no se dispone de otros medios de prueba, la comprobación de la verdad habrá fracasado. De acuerdo con esto, la valoración de la prueba significa aquí la constatación de si los medios de prueba temáticamente relevantes satisfacen aquellas condiciones

⁴⁰ En esa medida, se trata de un problema de interpretación de las expresiones, que, en realidad, es previo al de la valoración de la prueba; del mismo modo, y con relación a otras “relaciones de signos” en el marco de la valoración de la prueba, ENGISCH, *Logische Studien*, *supra* nota 37, pp. 67 y s.

⁴¹ En lo fundamental, esto constituye otra hipótesis que requiere, a su vez, ser probada (en su caso, analizada). Con relación a los presupuestos de la verdad de estas hipótesis, *infra*.

⁴² Al respecto, en detalle, ENGISCH, *Logische Studien*, *supra* nota 37, pp. 69 y ss., y GLASER, *Lehre vom Beweis*, *supra* nota 12, pp. 214 y s., 230 y ss., 246 y ss., 257 y ss.

⁴³ Interesantes consideraciones acerca de estos presupuestos referidos a los medios de prueba en particular y su contenido (valor) de verdad se encuentran en gran cantidad en la literatura procesal del siglo XIX, cf. p. ej., MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, pp. 215 y ss. (acerca del valor probatorio de los dictámenes periciales), pp. 347 y ss. (valor probatorio de una declaración testimonial), 432 y ss, 435 y ss. (prueba de indicios); GLASER, *Lehre vom Beweis*, *supra* nota 12, pp. 190 y ss.

únicamente con las cuales se las puede considerar la comprobación de la verdad de la hipótesis a ser probada. El cumplimiento de todos estos requisitos necesarios, al mismo tiempo, aportan los (arriba ya mencionados) *motivos*, a partir de los cuales – en caso de tal cumplimiento– podemos, o en su caso, creemos poder partir de la verdad de la hipótesis.

b) Cuando la adquisición de la prueba ha puesto de manifiesto elementos de prueba que se contraponen con la hipótesis a ser comprobada, se hacen necesarias consideraciones en la dirección opuesta.

En esta medida, gran importancia práctica tiene el caso de las declaraciones de testigos contrapuestas, por ejemplo, cuando dos testigos afirman en forma coincidentes haber visto al acusado en el lugar del hecho (o incluso, haberlo visto al cometer el hecho), mientras que un tercero le proporciona una coartada⁴⁴. Aquí de nada sirve la ponderación. Para que se pueda seguir la hipótesis de la autoría del acusado –sobre la base de ambas declaraciones testimoniales coincidentes–, ambas declaraciones no sólo deben satisfacer las condiciones (ya señaladas) a partir de las cuales es posible tener por veraces a estas manifestaciones. Además, se debe poder refutar racionalmente el material probatorio que se contrapone a la hipótesis a ser probada. Esto puede ser realizado, por un lado, en cuanto la contracción pueda ser resuelta como meramente aparente, por ejemplo, porque el acusado, luego del encuentro con los testigos que de descargo, hubiera tenido suficiente tiempo como para llegar al lugar del hecho. Si no es posible una armonización de esta clase, las manifestaciones que no se compatibilizan con la hipótesis sólo pueden ser refutadas si se logra constatar que ellas, por su parte, no cumplen ciertas condiciones necesarias para tenerlas por ajustadas a la verdad –p.ej., por un evidente interés personal del testigo en la absolución del acusado– (mientras que, a la inversa, las de los testigos de cargo sí cumplen con estas condiciones).

Por lo tanto, prescindiendo de la cuestión de las posibles armonizaciones (compatibilidad de medios de prueba aparentemente contradictorios) nuevamente, de lo que se trata es de si los medios de prueba cumplen aquellas condiciones que deben satisfacer para tener por verdaderas las manifestaciones u otras comprobaciones, según el caso.

c) Las reflexiones relativas al cumplimiento o no de las condiciones para la fuerza probatoria de los medios de prueba (p.ej., credibilidad de testigos, verosimilitud de las declaraciones, autenticidad de los documentos) así como a la posibilidad de armonizar pruebas aparentemente contradictorias constituyen un área central de la valoración de la prueba. Sin embargo, ellas no agotan las consideraciones que deben ser realizadas. Sólo es posible conformarse con ellas cuando apoyan las

⁴⁴ Cf. ya MITTERMAIER, *Lehre vom Beweis*, *supra* nota 3, p. 73.

hipótesis a ser comprobadas de tal manera que su veracidad pueda tenerse por comprobada, y al mismo tiempo, lo contrario pueda ser tenido por refutado. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando declaraciones testimoniales creíbles y verosímiles confirman en forma coincidente la comisión del hecho por parte del acusado, cuando el autor fue filmado al cometer el hecho por una cámara de vigilancia, cuando un error médico contrario a la *lex artis* y su causalidad respecto de la muerte del paciente ha quedado constatado en un dictamen pericial de la materia que es coherente y parte de hechos ciertos, cuando el dolo del acusado se deriva de manifestaciones hechas por éste inmediatamente antes de la comisión del hecho, etc.

Pero otra es la situación cuando las circunstancias de prueba, si bien apoyan la hipótesis, no aportan una prueba completa con relación a su veracidad, en tanto sigue quedando lugar para la veracidad de otras hipótesis. Tales situaciones son concebibles, especialmente, respecto de la llamada prueba de indicios (o prueba indirecta)⁴⁵. Es característico de ella que falten los testigos o registros que prueben lo realmente acontecido. La hipótesis normativamente relevante, conforme la cual el acusado fue quien cometió el hecho (el homicidio de la víctima, el apoderamiento de una cierta suma de dinero), por lo tanto, debe ser constatada mediante otras circunstancias que hablan en favor de que haya sido el acusado quien cometió el hecho (p. ej., amenazas del acusado a la víctima antes del hecho, rastros en el lugar del hecho, la conducta del acusado luego del hecho, p. ej., la disponibilidad repentina de dinero a pesar de que antes carecía de medios, el modo de comisión del hecho y la comisión de hechos previos comparables por parte del acusado).

En tales casos, la verdad de la hipótesis a ser comprobada no queda constatada ya cuando una serie de circunstancias de prueba la apoyan. Además, las circunstancias de prueba deben excluir otra explicación del hecho –p.ej., de la muerte de la víctima o de la desaparición de una cierta suma de dinero– que la que se afirma en la hipótesis a ser comprobada (la autoría del acusado)⁴⁶. Así, por ejemplo, ellas deben excluir que la muerte de la víctima haya sido producida por autolesión o por otra persona que el acusado, por ejemplo, porque se hubieran podido encontrar en la víctima otros rastros de lesiones o huellas en el lugar del hecho (y no sólo las de la víctima y el acusado)⁴⁷. Por ejemplo⁴⁸, si se atribuye a un obrero haber sustraído

⁴⁵ Al respecto, en detalle, ya GLASER, *Handbuch des Strafprozesses*, *supra* nota 38, pp. 736 y ss.; MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, pp. 402 y ss; de la literatura más reciente, ENGISCH, *Logische Studien*, *supra* nota 37, pp. 71 y ss.

⁴⁶ Cf. al respecto, p. ej. GLASER, *Lehre vom Beweis*, *supra* nota 12, pp. 134 y ss. (esp. pp. 138 y s.); ídem, *Handbuch des Strafprozesses*, *supra* nota 38, pp. 736 y ss., 743 y ss.; ENGISCH, *Logische Studien*, *supra* nota 37, pp. 77 y ss. (esp. pp. 80 y s.).

⁴⁷ Con relación a estas hipótesis que construyen la (o una) tesis contraria a lo que se ha de probar, y su exclusión, en detalle, ENGISCH, *Logische Studien*, *supra* nota 37, pp. 74 y ss.; GLASER, *Lehre vom*

una cierta suma de dinero mientras realizaba un trabajo en la casa de un cliente, deben ser excluidas otras explicaciones para la desaparición de la suma de dinero. Esto es posible, por ejemplo, cuando se puede comprobar que el dinero, inmediatamente antes de que el acusado comenzara a trabajar, todavía se encontraba y que hasta que se estableciera su desaparición sólo él tenía acceso al lugar en el que se encontraba el dinero. De lo contrario, cuando estas constataciones no son posibles, es decir, por ejemplo, que existe la posibilidad de que el dinero ya hubiera faltado antes de que comenzara a trabajar el acusado o que permanece como una hipótesis posible, conforme las circunstancias concretas, que haya sido tomado por otra persona antes de que se descubriera la pérdida. Para lo comprobación de la credibilidad de declaraciones testimoniales acerca de circunstancias indiciarias y del contenido de la declaración de ciertas circunstancias establecidas por reconocimientos, por lo tanto, se agrega aquí, por lo tanto, un procedimiento apagógico, dirigido a excluir de hipótesis alternativas concurrentes⁴⁹.

3. Para responder a las cuestiones precedentemente esquematizadas que se plantean en el marco de la valoración de la prueba, el juez es libre en la medida en que la ley no le dice mediante qué medios de prueba ha quedado reunida o no (todavía) la prueba necesaria. Fuera de esto, no se puede hablar de libertad. Así como las *preguntas* que deben plantearse en el marco de la valoración de la prueba para el examen de la verdad de la, o las, hipótesis están dadas por la lógica (leyes del pensamiento) y la experiencia, del mismo modo, también su *respuesta* debe seguir la lógica y los principios de la experiencia.

Las leyes de la lógica establecen, por ejemplo, que lo afirmado en la hipótesis sólo podrá ser reconocido como verdadero, cuando ella sea lógicamente posible⁵⁰ y compatible con las circunstancias de prueba (y lo que éstas declaran o expresan) que aparecen como parte de la realidad conforme las leyes causales. Ellas dicen, por lo demás, que no podemos tener por verdadera (comprobada) una hipótesis, hasta tanto no puedan ser descartadas las hipótesis inconciliables con ella (p.ej., que

Beweis, *supra* nota 12, pp. 134 y ss. (esp. 138 y s.); KLUG, *Juristische Logik*, 4ª. ed., 1982, pp. 151 y s.; KUNZ, *Tatbeweis*, *supra* nota 5, p. 572 (588 y ss con otras referencias de la literatura angloamericana); E.SCHNEIDER/SCHNAPP, *Logik für Juristen*, 6ª. ed., 2006, pp. 180 y ss., esp. 182 y ss; en detalle, BUCHER, “Der von den Juristen verkannte apagogische Beweis”, en HELDRICH *et. al* (comp.), *Festschrift für Canaris zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 991 y ss.

⁴⁸ El caso siguiente proviene de la práctica de la Cámara Penal de Menores de Freiburg.

⁴⁹ Con relación a este procedimiento, de suma importancia en la práctica jurídica, cf. además de las referencias en *supra* nota 47, en detalle, GLASER, *Handbuch des Strafprozesses*, *supra* nota 38, pp. 743 y ss., esp. 744 y s.; LOTZE, *Logik*, *supra* nota 36, cap. 9, §§ 279, 280; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, tomo 4, 1911, pp. 116 y ss.; RUMPF, *Strafrichter*, *supra* nota 38, pp. 182 y ss.; SIGWART/MAIER, *Logik*, *supra* nota 36, pp. 616 y ss. (esp. 621 y s.).

⁵⁰ Lo cual no sucede, por ejemplo, cuando de lo que se trata es de la supuesta presencia de una persona en dos diferentes lugares al mismo tiempo; ENGISCH, *Logische Studien*, *supra* nota 37, p. 79.

otro es el autor). La lógica y el conocimiento empírico nos dan información acerca de qué condiciones, p.ej. en la persona de un testigo o con respecto a sus declaraciones, se deben cumplir (y qué circunstancias no deben darse), a fin de que (con fundamento en la experiencia) sea posible partir de la verdad de lo manifestado⁵¹. Lo mismo rige con relación a otros medios de prueba personales como peritos o las manifestaciones del acusado. Las leyes de la lógica y la experiencia también nos dicen qué presupuestos deben satisfacer los documentos para que puedan ser considerados como prueba de la verdad de determinadas hipótesis. Y, del mismo modo, es únicamente la experiencia la que nos enseña qué podemos concluir a partir de objetos aparentes. Sin la experiencia tampoco sería posible establecer si ciertos elementos de prueba todavía dejan lugar para hipótesis concurrentes, y en esa medida, el respectivo conocimiento empírico nos dice, al mismo tiempo, cuáles son las hipótesis concurrentes que restan y qué es lo que se debe dar a fin de que esas hipótesis queden excluidas.

Pero la lógica y la experiencia no sólo *estructuran* la valoración de la prueba mediante el establecimiento de aquellos puntos y planteos que han de ser considerados o bien, respondidos, en el marco de la valoración de la prueba. Ellas constituyen también la *sustancia* a partir de la cual se elaboran las *respuestas*. La experiencia nos dice, por ejemplo, si es posible llegar en un cierto tiempo al lugar del hecho desde un lugar determinado (respecto del cual el acusado tiene una coartada), si las condiciones de luminosidad en el lugar y el momento del hecho eran tales que el testigo pudo haber visto lo que afirma, si tiene las capacidades de percepción necesarias, si entran en consideración blancos en la memoria, si existen razones en el caso concreto para poner en duda la voluntad o aptitud para una declaración veraz, etc. El conocimiento empírico, por lo demás, no brinda información con relación a si los conocimientos del perito son suficientes para responder ciertas cuestiones del caso concreto técnicamente, si las circunstancias en que se produjo un documento son tales que se pueda partir de la veracidad de lo registrado en el documento, o hasta dónde llega, y dónde termina, la fuerza convictiva de un reconocimiento. En pocas palabras: la estructura y el contenido de la valoración de la prueba están totalmente orientadas a la lógica y la experiencia. La lógica y la experiencia aportan los *fundamentos* sobre los cuales se apoya el resultado de la valoración de la prueba.

Esta orientación de la valoración de la prueba a la lógica y la experiencia, empero, no significa que la valoración de la prueba constituya un acto de conocimiento puro, determinado por estos parámetros. Las cuestiones preestablecidas por la lógica y la experiencia, tales como la credibilidad de un testigo, en el limitado

⁵¹ Al respecto, en el presente contexto, puede quedar abierta la cuestión de en qué medida se trata de datos de la lógica y en qué medida, de la experiencia; al respecto, p. ej., ENGISCH, *Logische Studien*, *supra* nota 37, pp. 78 y s.; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, *supra* nota 49, pp. 118 y s.

marco del proceso y en razón de cierta imprecisión de nuestro conocimiento empírico⁵², con frecuencia, sólo pueden ser respondidas mediante una estimación, y de este modo, también contienen incalculables elementos volitivos. Tampoco la admisión o la superación de la duda en última instancia constituyen un acto de conocimiento puro, al igual que la adquisición de impresiones⁵³. Sin embargo, tales elementos residuales volitivos o impregnados por lo personal de la valoración de la prueba no cambian nada en cuanto a su estructuración e impronta fundamental en la lógica y la experiencia; en especial, no los convierte en las sentencias sentimentales irracionales que algunos sostenedores de la teoría de las pruebas legales creían ver en la “libre” valoración de la prueba.

III. Acerca de la medida de la prueba: génesis, trasfondo y contenido del requisito de la convicción

1. El objetivo de la valoración de la prueba es establecer si aquella situación de hecho que presupone una condena (en el proceso civil: para la sentencia reclamada) como parte de la realidad, efectivamente se ha producido (y por lo tanto, son verdaderas las hipótesis que la caracterizan). Por cierto, este objetivo sólo puede ser logrado limitadamente. Quien no ha vivido él mismo la situación de hecho respectiva, sino que la debe reconstruir a partir de las manifestaciones de otros o de otras circunstancias, ya sólo por ello –incluso frente a un buen cuadro probatorio– nunca podría pretender llegar a la verdad con seguridad. Nunca es posible descartar del todo que alguna de aquellas condiciones, p.ej., a las que se sujeta la verdad de una declaración, en contra de aquello de lo que se partió y de lo que se debía partir en interés de posibilitar el actuar en la práctica, en realidad no está presente⁵⁴. Lo único posible, son afirmaciones más débiles: que la situación de hecho relevante es altamente probable, o bien, que las circunstancias probatorias dan motivo suficiente como para partir de la verdad de la situación de hecho, es decir, para tenerla por verdadera.

La ley se debe hacer cargo de esto. No puede hacer depender la condena de la verdad comprobada de la hipótesis relevante, sino que se debe conformar con menos. Y debe decir en forma precisa, qué sentencia reclama como resultado de la

⁵² Acerca de los límites de la investigación, en detalle, KUNZ, *Tatbeweis*, *supra* nota 5, pp. 572 y ss., esp. 577 y s.; con relación a que el conocimiento empírico sólo puede ser conceptualizado limitadamente y, por lo tanto, también debe ser aplicado en forma intuitiva, cf. FRISTER, “Die persönliche Gewißheit als Verurteilungsvoraussetzung im Strafprozeß”, en SAMSON et. al (comp.), *Festschrift für Gerald Grünwald*, 1999, pp. 169 y ss., esp. 179 y s.

⁵³ Cf., por ejemplo, RUMPF, *Strafrichter*, *supra* nota 38, pp. 190 y s.; MEZGER, *Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß*, suplemento a la AcP 117, 1918, pp. 159 y s.; actualmente, p. ej., FIRSTER, *Gewißheit*, *supra* nota 52, p. 169 y ss., esp. 177 y ss.; KUNZ, *Tatbeweis*, *supra* nota 5, pp. 572 y ss, esp. 578, 591 y s.; KÜPER, *Richteridee*, *supra* nota 8, pp. 295 y ss., con otras referencias.

⁵⁴ Este aspecto ha sido destacado con claridad ya en la literatura procesal de comienzos del siglo XIX; cf. p. ej., STÜBEL, *Über den Thatbestand der Verbrechen...*, 1805, §§ 169, 179, 182-184.

valoración de la prueba, a fin de que se pueda dictar una decisión que presupone la idea de la verdad de una cierta situación de hecho. No sólo no debe perder de vista aquello que se puede alcanzar, sino también debe considerar que debe ser legítimable, en caso de que se alcance la medida de prueba fijada para la acción práctica de que se trate, partir de la verdad de la situación de hecho que necesita ser probada (la hipótesis que necesita ser probada)⁵⁵.

El derecho procesal penal actual –vinculado con diferentes códigos particulares–, para la descripción de la medida de prueba necesaria para un conocimiento condenatorio, tanto en el proceso civil como en el penal, se vale en la misma medida del concepto de convicción (§ 286, párr. 1, ZPO, § 261, StPO). De ese modo, recurre a un concepto que, en forma semejante, también se encuentra en el derecho procesal francés desde comienzos del siglo XIX (“intime conviction”)⁵⁶, pero que también es utilizado en varios otros ordenamientos procesales⁵⁷. Qué es lo que el legislador quiere expresar con “convicción” se puede ver remontándose a aquella discusión en materia procesal del siglo XIX que condujo a la introducción de la “convicción” como estándar de prueba exigida legalmente y que asignaba a este concepto una significación particular, también fundamentada en la teoría del conocimiento.

2. Varias son las razones por las cuales justamente la ciencia del derecho procesal se ocupó con particular intensidad de la cuestión del estándar de prueba, y de este modo, (también) de la convicción, a comienzos del siglo XVIII y primera parte del XIX.

En el proceso penal, a lo largo del siglo XVIII, –no en último término debido a la derogación de la tortura– aumentó visiblemente la cantidad de casos en los que no se disponía de los clásicos elementos prueba completa (confesión del acusado, dos testigos directos del hecho creíbles) y a pesar de ello, el tribunal tuvo al acusado por culpable sobre la base de otras pruebas. Resultaba urgente encontrar una solución convincente para estos casos. En razón de que la pena ordinaria no estaba disponible debido a la ausencia de medios de prueba legales, *preter legem* se fue

⁵⁵ No es posible examinar aquí la cuestión de aquellas acciones prácticas para cuya legitimación ya por su propia concepción no se presupone la verdad (tal como sucede respecto de diferentes decisiones procesales interlocutorias).

⁵⁶ Cf. art. 342 del Code d’instruction criminelle de 1808 y ahora, el art. 427, párr. 1 del Code de Procédure Pénale; con relación al proceso civil francés, en el que está ausente una regla de prueba expresa, cf. BRINKMANN, *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, 2005, pp. 58 y s.

⁵⁷ Cf., p. ej., Austria, § 272, párr. 1, ZPO y § 14, StPO, Suiza, art. 40, ZPO y art. 10, párr. 2, StPO; de la literatura, respecto de Italia, NOBILI, *Richterliche Überzeugungsbildung*, *supra* nota 5, pp. 164 y ss.; para el common law, BRINKMANN, *Beweismaß*, *supra* nota 56, pp. 61 y ss.; para el derecho suizo, MÜLLER, *Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Strafprozess*, 1992, esp. pp. 40 y ss.; con tras referencias en KUNZ, *Tatbeweis*, *supra* nota 5, pp. 572 y ss, esp. 580 y s.

desarrollando la práctica de las llamadas penas extraordinarias⁵⁸. Una de las cuestiones no esclarecidas respecto de este instituto era qué se necesitaba para una condena a tales penas: ¿alcanzaba con una alta probabilidad? ¿O era necesario un estándar diferente o más alto? ⁵⁹.

La discusión de esta cuestión, por cierto, no podía quedar restringida al ámbito de las pruebas incompletas. Ellas se debió extender al ámbito de la “prueba completa” ya por el hecho de que en el transcurso del siglo XVIII una segunda cosa se había hecho cada vez más evidente: que en el proceso penal no se trataba solamente de la obtención de ciertos medios de prueba sino del conocimiento de la verdad histórica, y que las llamadas pruebas perfectas constituían un instrumento altamente problemático para la reconstrucción de dicha verdad⁶⁰. De este modo, al mismo tiempo quedó claro que también en los casos de las llamadas pruebas perfectas, la cuestión del estándar de prueba decisivo —oculta por esta problemática calificación de la prueba— en realidad no estaba resuelta. En consecuencia, era inevitable que la discusión en torno del estándar de prueba en los casos no alcanzados hasta ese momento con los medios de prueba clásicos, se convirtiera en una discusión más amplia, relativa a los fundamentos: la discusión misma del estándar de prueba necesario en el proceso penal⁶¹.

Evidentemente, esta discusión también alcanzó al proceso civil. En él, la cuestión no era tan urgente como en el proceso penal debido a la situación no resuelta de las penas extraordinarias. Sin embargo, las crecientes dudas en torno de la teoría de las pruebas legales⁶² también aquí, finalmente, obligaron a reflexiones en torno del

⁵⁸ Acerca del concepto, trasfondo y desarrollo de la pena extraordinaria, cf. esp. THÄLE, *Verdachtsstrafe*, *supra* nota 10, pp. 12 y ss. y *passim*; cf. además, U. HOFFMANN, *Ernst Ferdinand Kleins Lehre vom Verhältnis von Strafe und den sichernden Maßnahmen*, 1938, pp. 18 y ss.; MUMME, *Ernst Ferdinand Kleins Auffassung von der Strafe und den sichernden Maßnahmen*, 1936, pp. 32 y ss.; resumen en SCHAFFSTEIN, *Verdachtsstrafe, außerordentliche Strafe und Sicherungsmittel im Inquisitionsprozeß des 17. und 18. Jahrhunderts*, ZStW 101, 1989, pp. 493 y ss.

⁵⁹ Con relación a la discusión acerca de esta cuestión cf. especialmente la polémica entre SCHEDE, “Versuch einer Rechtfertigung der außerordentlichen strafen”, *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, tomo 8, 1828, pp. 31 y ss. (suficiente con la probabilidad) y JARCKE, *Zur Criminal-Gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss. (necesidad de convicción).

⁶⁰ Gráfico con relación a la problemática de los llamados medios de prueba perfectos, LOMBARD, “Replik auf die Rechtfertigung der außerordentlichen Strafen...”, en *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, tomo 10, 1828, pp. 442, esp. 444 y 446; STÜBEL, *Thatbestand*, *supra* nota 54, p. 339; cf. también HERTZ, *Voltaire und die französische Strafrechtspflege des 18. Jahrhunderts*, 1887, pp. 426 y s.

⁶¹ Esta dimensión amplia de problema ya se divierte en STÜBEL, *Thatbestand*, *supra* nota 54, §§ 266 y ss., pp. 332 y ss. (admisibilidad de la pena en caso de certeza ya sobre base de indicios), más tarde especialmente JARCKE, *Lehre vom unvollständigen Beweis*, *supra* nota 3, pp. 97 y ss.; LOMBARD, *Außerordentliche Strafen*, *supra* nota 60, pp. 442 y ss.; MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, pp. 63 y ss., 72, 126, 437 y ss.

⁶² Cf. al respecto la detallada presentación de PATERMANN, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 27, pp. 17 y ss., 39 y ss.

estándar de prueba realmente necesario, las cuales sólo podían postergarse mediante soluciones de emergencia (como el quiebre de las reglas de prueba en ciertos casos⁶³, o institutos como el juramento de necesidad en casos de prueba incompleta⁶⁴), pero que en realidad eran ineludibles.

3. Pero la cuestión relativa al correcto estándar de prueba hacia el cambio del siglo XVIII al XIX no sólo requería una urgente respuesta; además, en la primera mitad del siglo XIX ella podía ser tratada sobre una buena base. En la segunda mitad del siglo XVIII, las investigaciones de teoría del conocimiento relativas a la cuestión de “¿qué podemos conocer?”, todas ellas a partir de las reflexiones de Kant al respecto⁶⁵, habían aportado ideas fundamentales con relación a las posibilidades y límites del conocimiento humano. Al mismo tiempo, habían conducido a la elaboración precisa de conceptos que también resultaban de interés para los procesalistas de la época, tal como la determinación del concepto de “verdad”, “convicción”, “certeza” y “probabilidad”. Es posible suponer que estas investigaciones y trabajos también eran conocidas por los juristas contemporáneos formados en filosofía; cuando menos, llama la atención que muchos de estos conceptos y definiciones elaborados por filósofos se encuentran poco tiempo después en la discusión jurídica⁶⁶. Al mismo tiempo, en ella sucede algo, que en los trabajos filosóficos sólo aparece apenas tratado o, en todo caso, en forma marginal: los conceptos son examinados en cuanto a la adecuación, idoneidad y legitimidad de su utilización para la determinación de la verdad histórica en el procedimiento jurídico. El objetivo de estas reflexiones procesales es averiguar qué conceptos de los elaborados y concebidos en el contexto de la averiguación de la verdad resultan

⁶³ Cf. al respecto PATERMANN, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 27, pp. 45 a 75 .

⁶⁴ Cf. PATERMANN, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 27, pp. 39 y ss.; también WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 8, pp. 80 y s.

⁶⁵ Fundamental, KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, 1781, 2ª. ed., 1787, esp. *Transzendente Methodenlehre*, 2a. parte, 2º párr. (1a. ed., p. 805, 2a. ed., p. 833, en la edición de Kant de W.WEISCHEDEL, t. II, 1956, p. 677) y 3º párr., (1ª. ed., pp. 820 y ss., 2ª. ed, pp. 848 y ss., en la edición de Kant de W.WEISCHEDEL, *supra* cit., pp. 687 y ss.); cf. asimismo KRUG, *Von der Überzeugung und ihre verschiedenen Arten und Graden*, 1797; por la influencia posterior de la filosofía sobre la discusión procesal y la averiguación de la verdad, cf. PAULUS, “Prozessuale Wahrheit und Revision in Seebode” (comp.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag*, 1992, pp. 687 y ss., esp. 688 y ss.

⁶⁶ Tal el ejemplo de la asunción del concepto kantiano de “verdad” en JARCKE, *Criminal-Gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 120 y ss., esp. 131; ídem, *Lehre vom unvollständigen Beweis*, *supra* nota 3, pp. 97 y ss., esp. 98 y s. y MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, pp. 63 y s.; el “tener por verdadero” y “convicción” tanto en JARCKE, *Lehre vom unvollständigen Beweis*, *supra* nota 3, pp. 97 y ss, esp. 100 y ss., 107 y ss.; ídem, *Criminal-Gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss., esp. 132 y s., como también en MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, p. 70 et. al.; el apoyo en la obra de Kant, si bien en general sin citas, se advierte también en KÜPER, *Richteridee*, *supra* nota 8, p. 244 con nota 458 e ídem, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 8, p. 23 y ss., esp. 34.

más idóneos en el contexto procesal de la llamada averiguación de la verdad para delimitar el estándar de prueba a ser alcanzado⁶⁷.

Por cierto, estaba claro que la verdad como coincidencia del juicio (real) con el objeto juzgado⁶⁸ no podía ser ese estándar de prueba. Quien no conoce el objeto por sí mismo, sino que intenta conocerlo, ya por razones lógicas no puede concebir su juicio (real) sobre él, evidentemente, como verdadero (o no verdadero)⁶⁹. Por otras razones se excluye la probabilidad como estándar de prueba adecuado. Por cierto, en principio, para el juez es posible un juicio respecto a aquella, a diferencia de lo que sucede con el juicio sobre la verdad de una hipótesis jurídica: luego de la valoración de la prueba el juez se encuentra en situación de afirmar, por ejemplo, si las razones que hablan claramente a favor de la verdad de la hipótesis superan a los que hablan en su contra⁷⁰. Sin embargo, una mera probabilidad de estas características, incluso una alta, por razones jurídicas, aparecía como una base demasiado débil, al menos para una serie de juicios⁷¹. En tanto apareciera como posible, esto es, constatado por motivos (de sentido contrario), que el acusado no hubiera cometido el hecho que se imputaba, no era posible justificar el imponerle una pena por el hecho. Esto fue establecido con creciente claridad en las primeras décadas del siglo XIX especialmente en la discusión en torno de la pena extraordinaria como una clase de pena de sospecha⁷². Antes bien, según esto, aparecía como condición ineludible para la punición por un determinado hecho que el tribunal de juicio *tuviera por verdadero* lo imputado al acusado conforme la valoración de la prueba. Como se fue haciendo cada vez más

⁶⁷ Tal el ejemplo de las investigaciones de STÜBEL, *Thatbestand*, *supra* nota 54, pp. 229 y ss., (§§ 166 y ss.); JARCKE, *Lehre von unvollständigen Beweise*, *supra* nota 3, pp. 97 y ss.; ídem, *Criminal-Gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss. y MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, pp. 63 y ss.

⁶⁸ Tal la “clásica” definición de KANT, *Kritik*, *supra* nota 65, *Transzendente Elementarlehre. 2ª. parte: Die transzendente Logik, Einleitung III*, 1ª. ed., pp. 58 y s., 2a. ed., pp. 82 y s.; en la edición de Kant de W.WEISCHEDEL, t. 2, 1956, pp. 102 y s.; en detalle, KANT, *Logik. Ein Handbuch zu Vorlesungen. Einleitung VII*, t. III de la edición de Kant de W.WEISCHEDEL, 1958, p. 476.

⁶⁹ Únicamente se podría comparar el juicio sobre el objeto nuevamente con su juicio, lo cual no es suficiente para el conocimiento de la verdad; KANT, *Logik*, *supra* nota 68; ídem, en el contenido, JARCKE, *Criminal-Gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss, esp. 133, quien por ello reclama “garantías” de que nuestro juicio es verdadero (y encuentra esta garantía en los fundamentos del juicio).

⁷⁰ Tal una definición muy utilizada de probabilidad, cf. p. ej., STÜBEL, *Thatbestand*, *supra* nota 54, pp. 238 y s.; relacionada con la definición de KANT, *Welches sind die wirklichen Fortschritte, die die Metaphysik seit Leibnizens und Wolffs Zeiten in Deutschland gemacht hat?*, 1804, *Auflösung der Aufgabe I*, pp. 117 y s. (en la edición de Kant de W.WEISCHEDEL, tomo III, 1958, p. 637); en razón de una determinación del concepto algo diferente (presencia de motivos contrarios), cf. JARCKE, *Criminal-Gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss., esp. 153.

⁷¹ Tales los llamados “juicios finales condenatorios” (STÜBEL, *Thatbestand* [*supra* nota 54], p. 251).

⁷² Indicativo, especialmente, JARCKE, *Lehre vom unvollständigen Beweis*, *supra* nota 61, pp. 97 y ss., esp. 115 y ss. y, en la discusión con SCHEDE, *supra* nota 59, ídem, *Criminal-Gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss. esp. 149 y ss., 156 y ss.; pero con anterioridad también ya STÜBEL, *Thatbestand*, *supra* nota 54, pp. 249 y ss, esp. 334; luego, síntesis, MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, pp. 74 y s.

patente en la discusión, naturalmente esto debía regir no sólo para las constelaciones de casos de prueba incompleta que habían dado origen a la discusión, sino, del mismo modo, respecto de los de prueba completa (con frecuencia, insuficiente desde una perspectiva analítica y en coincidencia con la teoría negativa de la prueba)⁷³.

4. Para una ulterior precisión de este “tener por verdadero” se utilizaron especialmente dos conceptos, que también se encuentran en la literatura filosófica y de teoría del conocimiento de la época: la “convicción” y la “certeza”⁷⁴.

Con apoyo en Kant⁷⁵ (en general, sin caracterizarlo de este modo), se entendía ampliamente por “convicción” el tener por verdadera una afirmación “por razones objetivas suficientes”. Las razones eran objetivamente suficientes cuando ellas “valían para cualquiera”, “en tanto estuviera provisto de raciocinio”. Para la condena se requería, por lo tanto, —ahora con las palabras de los procesalistas más significativos de la época— el tener por cierto, lo cual “se apoya en razones que producirían la conciencia de la verdad en toda persona que quisiera y pudiera comprender la verdad”⁷⁶. En línea con este entendimiento de los conceptos y claramente siguiendo las huellas de otras reflexiones de Kant, de lo que se trataba en esto era de asegurar la justificación de esa convicción mediante la comparación del juicio con el de un otro razonable⁷⁷, lo cual pensado desde el punto de vista institucional llevaba hacia cuerpos de decisión colegiados, y en el proceso penal, también hablaba a favor de los tribunales de jurados⁷⁸.

⁷³ Así, con gran claridad, nuevamente JARCKE, *Lehre vom unvollständigen Beweis*, *supra* nota 61, pp. 97 y ss, esp. 100 y ss.; ídem, *Criminal-gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss., esp., 155 y ss.; pero también ya STÜBEL, *Thatbestand*, *supra* nota 54, pp. 249 y ss., 334; en MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, pp. 63 y ss., 69 y s., las afirmaciones, de todos modos, están totalmente fuera del contexto de la pena extraordinaria.

⁷⁴ Cf. al respecto además de las siguientes referencias a Kant, también KRUG, *Von der Überzeugung nach ihren verschiedenen Arten und Gründen*, 1797, *passim*, muy citado en la literatura procesal de la época.

⁷⁵ Cf. respecto a lo que sigue KANT, *Kritik*, *supra* nota 65, *Transzendente Methodenlehre*, 2a. parte, 3º cap., 1a. ed., pp. 820 y ss., 2a. ed., pp. 848 y ss. (en la edición de Kant de W.WEISCHEDEL, tomo II, 1956, pp. 687 y ss.).

⁷⁶ Así, MITTERMAIER, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, tomo 1, 4a. ed., 1845, § 86 (pp. 524 y s.); similar ya en la 2a. ed., 1832, tomo 1, pp. 357 y s.; con anterioridad ya JARCKE, *Lehre vom unvollständigen Beweis*, *supra* nota 3, pp. 97 y ss., esp. 115 e ídem, *Criminal-gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss., esp. 150, 152 y s.).

⁷⁷ Cf. KANT, *Anthropologie in pragmatischer Absicht*, 1798, 2a. ed., 1800, 1a. parte, libro I, § 2: *Priifung des Urteils am Verstande anderer* (en la edición de Kant proporcionada por W.WEISCHEDEL, tomo VI, 1964, p. 409).

⁷⁸ Acerca de esta fundamentación del trasfondo de los cuerpos de decisión colegiados (y también de los tribunales de jurados), cf. MITTERMAIER, *Deutsches Strafverfahren*, *supra* nota 75, p. 525: reaseguro para la averiguación de la verdad por medio de “varios hombres adecuados para el reconocimiento de la verdad” que “han llegado a la conclusión de la verdad de los hechos”; ídem, WEBER, *Begriff der*

Mientras que este punto de vista aspiraban a precisar el “tener por cierto” mediante la objetividad o la validez general del juicio, y a través de ello, llegar a la verdad, los procesalistas que parten de la “certeza”, intentaban definir el resultado de la prueba requerido mediante una explicitación de lo subjetivo. A fin de evitar representaciones excesivas acerca las exigencias a cumplir, en primer lugar, se destacaba que en la determinación de la verdad histórica, naturalmente, no podría tratarse de una certeza absoluta –en tal medida, pro regla general, inalcanzable–; la mera circunstancia de que todavía fuera concebible, imaginable, una situación de hecho diferente de la presupuesta, no podría oponerse a la calificación del tener por cierto como certeza, si es que debe ser posible alguna forma de acción práctica⁷⁹. Es suficiente con que las dudas frente a la suposición de la verdad de una cierta situación de hecho se acallen⁸⁰, en razón de que la suposición esté sustentada por fundamentos, y por otro lado, porque los fundamentos para poner en duda la verdad de la suposición (ya) no existirían⁸¹. Desde el punto de vista material, con esta referencia a la ausencia o eliminación de posibles dudas se señala, al mismo tiempo, aquello que constituye el fundamento más profundo para esa validez objetiva (= general) del juicio, sobre el que se apoyaba el otro punto de vista ya mencionado: (ya) no existe ningún fundamento para poner en duda la suposición de la verdad de una cierta situación de hecho, a favor de cuya verdad hay fundamentos convincentes.

5. Esta opinión apoyada en la existencia de fundamentos convincentes de la verdad de una suposición y la ausencia de fundamentos convincentes de sentido contrario se impuso en el transcurso de la primera mitad del siglo XIX⁸²; a la idea de exigencias más estrictas se le objetaba, igualmente, –al menos para el proceso penal– que sólo postulaba, en forma aislada, el poner el acento en una probabilidad más alta⁸³. También la legislación del siglo XIX siguió este punto de partida⁸⁴. Al

strafrechtlichen Gewißheit, supra nota 3, pp. 557 y ss., esp. 574, que toma la idea de Kant de la razón de otros como “banco de prueba”; crítico, en cambio, KÖSTLIN, *Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im 19. Jahrhundert*, 1849, p. 113.

⁷⁹ Así, ya STÜBEL, *Thatbestand*, supra nota 54, §§ 181-183, pp. 243 a 246), §§ 188 y s. (pp. 249 y s); WEBER, *Begriff der strafrechtlichen Gewißheit*, supra nota 3; MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, supra nota 3, pp. 73 y s.; del mismo modo, hoy, la doctrina dominante; cf. FRISTER, *Gewißheit*, supra nota 52, pp. 169 y ss., esp. 184); KUNZ, *Tatbeweis*, supra nota 5, pp. 572 y ss., esp. 593 y ss, con otras referencias.

⁸⁰ Cf. STÜBEL, *Thatbestand*, supra nota 54, §§ 167 y ss., y WEBER, *Begriff der strafrechtlichen Gewißheit*, supra nota 3, pp 557 y ss., esp. 567, 574 y 581, quienes utilizan la imagen conforme la cual “no nos genera más preocupación que lo contrario sea verdadero”.

⁸¹ STÜBEL, *Thatbestand*, supra nota 54, §§ 167 -169 (pp. 213 a 234); JARCKE, *Lehre vom unvollständigen Beweis*, supra nota 3, pp. 97 y ss., esp. 115; en otros, esto último se deriva generalmente de la delimitación con la probabilidad, en la cual existen tales contramotivos; cf., p. ej., MITTERMAIER, *Lehre vom beweise*, supra nota 3, pp. 73 a 75.

⁸² Como expresión y cierre de este proceso, puede valer el memorial del entonces Ministro de Justicia prusiano V. SAVIGNY, supra nota 3 que acompañó a la ley prusiana del 17 de julio de 1846.

⁸³ Con relación a esta posición, p. ej., todavía SCHEDE, *Außerordentliche Strafen*, supra nota 59.

respecto, ya en la ley prusiana del 17 de julio de 1846⁸⁵, con relación al resultado de la prueba requerido le daba preferencia a la “convicción” frente a la “certeza”⁸⁶, lo cual merece aprobación, pues, de este modo, se evitan asociaciones erróneas que fácilmente se insinúan en el concepto de certeza⁸⁷. Las leyes judiciales del Imperio hoy todavía decisivas, la ordenanza procesal penal y la procesal civil, finalmente, también se decidieron —en conexión con la legislación prusiana— en forma coincidente a favor del requisito de la convicción judicial. Esto último, por lo demás, resulta notable, en tanto en la literatura procesal del siglo XIX, aquellos autores que reclamaban con vehemencia la convicción o certeza, habían considerado completamente posible otro estándar probatorio respecto del proceso civil considerando los principios de éste⁸⁸.

IV. Las críticas a la convicción

La decisión legislativa en favor de la “convicción” no permaneció exenta de críticas. Se adujo en contra del concepto legal que, aun frente a un buen cuadro probatorio, no podría alcanzarse más que un altar probabilidad; no se veía cómo era posible llegar a la convicción o la certeza respecto de la verdad de una cierta situación de hecho sobre una base semejante⁸⁹. Antes bien, sólo era posible apoyarse en los resultados de probabilidad y explicitar el grado de probabilidad que debía darse para dictado del juicio pretendido. Las propuestas de este tipo fueron realizadas, especialmente, para el proceso civil⁹⁰; respecto del proceso penal, en el cual una mera probabilidad (incluso alta), en general, era y es considerada

⁸⁴ Un panorama del desarrollo en KRIETER, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 10, pp. 12 a 65.

⁸⁵ Conforme su § 19 el juez debía —sin sujeción a reglas de prueba legales— “decidir en lo sucesivo conforme un examen detallado de todas las pruebas en favor de la acusación y la defensa según su libre convicción surgida de la totalidad de lo producido durante el debate”.

⁸⁶ Diferente, la Ordenanza criminal prusiana de 1805, cuyo § 393 se apoyaba todavía en la “certeza”.

⁸⁷ Los sostenedores mismos del concepto, aparentemente, eran conscientes del peligro, en tanto una y otra vez insistían con fuerza en que no era necesaria la certeza absoluta o la seguridad; cf. las referencias *supra* nota 79.

⁸⁸ Cf. las consideraciones de STÜBEL, *Thatbestand*, *supra* nota 54, §§ 187 y s. y WEBER, *Der Begriff der strafrechtlichen Gewißheit*, *supra* nota 3, pp. 557 y ss., esp. 579 y s., con relación a las posibles diferencias entre la “certeza criminal” y la “certeza civil”; de la exposición de motivos de la ordenanza procesal civil, en esa medida, no se ven razones para tal diferenciación, cf. HAHN, *Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung*, 1880, p. 275.

⁸⁹ Cf., de épocas más actuales, p. ej. FREUND, *Tatsachenfeststellung*, *supra* nota 38, pp. 47 y ss., esp. 102; HOYER, *Der Konflikt zwischen Richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip „in dubio pro reo“*, ZStW 105, 1993, pp. 523 y ss., esp. 533; STEIN, *Gewißheit und Wahrscheinlichkeit im Strafverfahren*, en WOLTER (comp.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts*, 1995, pp. 233 y ss., esp. 233 y ss., 256 y s.

⁹⁰ Cf., así, los puntos de partida en la doctrina escandinava, en EKELHÖF, “Beweiswürdigung, Beweislast und Anscheinbeweis”, ZJP 75, 1962, pp. 289 y ss., esp. 292; en Alemania, especialmente, BRUNS, “Beweiswert”, ZJP 91, 1978, pp. 647 y ss.; SCHREIBER, *Theorie des Beweiswerts für Beweismittel im Zivilprozeß*, 1968; otras referencias en GREGER, *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, 1978, pp. 93 y ss. y WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 8, pp. 142 y ss.

inaceptable, se puede ver un paralelo con tales puntos de partida en la exigencia de una “probabilidad rayana en la seguridad”⁹¹, así como en la combinación de altas probabilidades con ciertas normas de decisión que determinan el riesgo de condena errónea⁹². Entretanto, estas críticas y las propuestas elaboradas a partir de ellas no han logrado imponerse, y ello con razón: la crítica se apoya en una confusión de las categorías y las propuestas constructivas, en definitiva, no resultan realizables⁹³. Esquemáticamente:

1. Es posible examinar y responder la hipótesis relativa a si una determinada situación de hecho ha ocurrido de diferentes formas. Es posible preguntarse por los *fundamentos* que apoyan la verdad de la hipótesis, es posible preguntarse, por lo tanto, si constituyen fundamentos suficientes, convincentes, fundamentos que excluyen lo contrario o si existen razones para dudar de la verdad de la afirmación. Pero, naturalmente, también es posible formular la pregunta de otro modo, preguntarse *cuán probable* es (hasta “seguro”) que haya ocurrido una cierta situación de hecho, cuán probable resulta, por lo tanto, la verdad de la hipótesis que se formula. Los interrogantes delineados y los principios (o reglas) válidos para responderlos programan las respuestas. Asimismo, ellos son los que conducen a que se pueda estar convencido conforme los principios de la configuración de la convicción, a pesar de que con el esquema mental de la consideración de la probabilidad no sea posible alcanzar más que una (alta) probabilidad, como cuando, sin ningún punto de apoyo en el caso concreto, de todos modos existe la posibilidad de errar a la verdad (“todos los testigos están manipulados”; se ha pasado por alto la prueba decisiva de sentido contrario, o ésta no le fue presentada al tribunal; en contra de lo que parece, en realidad, no se han satisfecho ciertas condiciones de credibilidad). Pues tales posibilidades, si bien no se oponen a la configuración de la convicción⁹⁴, en el marco de la valoración de la probabilidad, sí deben ser descartadas, debido a la posibilidad, por principio, de errar a la verdad.

Debido a esta discrepancia, resulta errado pretender derivar objeciones en contra del concepto de convicción o de que la ley se apoye en él, y especialmente, rechazar las convicciones por irracionales. La valoración de la verdad de las hipótesis según los *fundamentos* en su favor o en su contra, convincentes o no convincentes y la mensuración de la *probabilidad* de su coincidencia con la realidad son dos procedimientos diferentes en cuanto a sus categorías, pero, en principios

⁹¹ Cf. al respecto, p. ej., FINCKE, “Die Gewißheit als hochgradige Wahrscheinlichkeit”, *GA*, 1973, pp. 266 y ss., esp. 272; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 8a. ed., 2010, § 56, n° 947; KUNZ, *Tatbeweis*, *supra* nota 5, pp. 572 y ss., esp. 594 y s.; de la jurisprudencia del RG, p. ej. RGSt 61, pp. 202 y ss., esp. 206.

⁹² Cf. FREUND, *Tatsachenfeststellung*, *supra* nota 38, pp. 56 y ss.; STEIN, *Gewißheit*, *supra* nota 89, pp. 233 y ss., esp. 247 y ss.; acerca del intento de precisar en forma numérica el “reasonable doubt-standard” en el proceso penal, KUNZ, *Tatbeweis*, *supra* nota 5, pp. 572 y ss., esp. 595 y ss.

⁹³ Crítico, con razón, FRISTER, *Gewißheit*, *supra* nota 52, pp. 169 y ss., esp. 180 y ss.

⁹⁴ *Supra* III.5, en el contexto de la precisión de la certeza.

ambos resultan igualmente posibles y en sí mismos coherentes. Consecuentemente, no constituye un argumento en contra de la convicción adquirida argumentativamente conforme las exigencias de la configuración de la convicción, con respecto a la verdad de una cierta hipótesis, que ésta, conforme las reglas de la valoración de la probabilidad, sólo es probablemente verdadera.

2. Solamente existirían razones para reemplazar a la convicción de la verdad de la hipótesis normativamente relevante basada en la verdad como conclusión de la prueba por determinadas probabilidades en tanto de este modo uno pudiera aproximarse más a la verdad que mediante la convicción, esto es, en particular, que se pudieran evitar condenas erróneas posibles por medio de la utilización de la convicción. No puede decirse esto. Las suposiciones erróneas acerca de la verdad se producen cuando elementos de prueba decisivos (en contra de la verdad) quedan sin descubrir, cuando los medios de prueba fueron manipulados con habilidad, cuando las condiciones para la credibilidad fueron mal valoradas, etc. Estos riesgos de valoración errónea en modo alguno se ven influidos por pasar de la convicción a las exigencias de la probabilidad.

En realidad, el pasar a las probabilidades no mejora nada, sino que crea nuevos problemas, casi insolubles. Éstos comienzan con el hecho de que con el paso a valores de probabilidad como estándar de prueba exigida legalmente se debería definir qué probabilidad (de coincidencia de una suposición con la realidad) se debería dar para llegar a una condena o, en su caso, para que pueda recaer la sentencia pretendida. Pero nadie está en condiciones de proporcionar una definición semejante en forma convincente, esto es, establecer numéricamente en una cifra el riesgo de condena errónea que se debe asumir si es que la actuación de los jueces debe ser posible en la práctica⁹⁵. Pero aun si esto fuera posible, solamente resultaría de ayuda en tanto los medios de prueba en particular se correspondieran con valores respectivamente fundados en valores de probabilidad, si existieran reglas relativas a la relación de estos valores de probabilidad –que también tuvieran en cuenta su interdependencia–, etc. Evidentemente, esto no es así⁹⁶, o en todo caso, sólo excepcionalmente⁹⁷. Si se los creara por vía de ficción o

⁹⁵ Proporcionar una probabilidad estadística no es posible, también según la doctrina escandinava, cf. EKELHÖF, *Beweiswürdigung*, *supra* nota 90, pp. 289 y ss., esp. 292; más confiado, pero posiblemente demasiado optimista, KUNZ, *Tatbeweis*, *supra* nota 5, pp. 572 y ss., esp. 603; algunas vagas descripciones de la probabilidad, sin embargo, vuelven a caer, bajo el aspecto de la determinabilidad del resultado a ser logrado, en la “convicción”. La alternativa, un sistema de normas de decisión para ciertas situaciones (así, FREUND y STEIN [*supra* nota 92]), si bien está menos expuesta, vuelve una vez más, en su idea fundamental, a la antigua teoría de las pruebas legales, y apenas si resulta analizable en la práctica en el sentido de un procedimiento ampliamente aplicable (cf. ya *supra* nota 4).

⁹⁶ Piénsese solamente en la cuestión del valor probatorio de los indicios particulares de un conjunto o cadena de indicios constituidos en diferente forma.

de la decisión, existiría, en comparación con la determinación de la verdad argumentada de conformidad con fundamentos, un alto riesgo de sentencia errónea. De este modo, el punto de partida de las probabilidades, en apariencia atractivo por su claridad, resulta, en realidad, impracticable e inadecuado⁹⁸.

3. Incluso aquello que se menciona hasta ahora como estándar de prueba, evitando las probabilidades numéricas, pero en línea con el punto de partida de la probabilidad, esto es, la “probabilidad rayana en la seguridad”, resulta, en realidad, inútil como estándar de prueba. También aquí es confuso qué es lo que se quiere decir exactamente⁹⁹. Asimismo, también aquí faltan valores de probabilidad respecto de los medios de prueba en particular mediante cuya vinculación se pudiera constatar racionalmente la existencia de una “probabilidad rayana en la seguridad”. En realidad, la comprobación que aparece con el ropaje de la alta probabilidad, en todo caso, sólo se puede sostener, nuevamente, haciendo referencia a fundamentos convincentes a favor de la verdad de la hipótesis, y al mismo tiempo, poniendo de manifiesto que no existen razones concretas para poner en duda esa verdad. Pero esto no es otra cosa que el fundamento (objetivo) de la convicción. La “probabilidad rayana en la seguridad” se revela, de este modo, o bien como una mera reformulación del fundamento (objetivo) de la convicción, o bien, como una mera fórmula vacía que sólo aporta confusión¹⁰⁰.

V. Exigencias respecto de la recepción de la prueba a fin de asegurar la convicción correspondiente

La clave para evitar suposiciones erróneas acerca de la verdad de ciertas situaciones de hecho no reside en pasar de la convicción a las altas probabilidades, en particular, una probabilidad rayana en la seguridad, como estándar de prueba. Antes bien, ella reside en las exigencias relativas al material probatorio en que se basa el cuadro convictivo y que es utilizado para la formación de la convicción.

Las perspectivas de llegar a la verdad por la vía de la formación de la convicción no requieren únicamente el respetar las reglas válidas para la formación de la convicción (leyes del pensamiento, corrección e integridad del conocimiento empírico utilizado). Se requiere también que el material probatorio en que se apoya

⁹⁷ Tal por ejemplo, cuando existen datos estadísticos acerca de la corrección de ciertos resultados de investigaciones; cf., p. ej., con respecto a los análisis de ADN, KUNZ, *Tatbeweis*, *supra* nota 5, pp. 572 y ss., esp. 598.

⁹⁸ Correcto FRISTER, *Genißheit*, *supra* nota 52, pp. 169 y ss., esp. 180 y s.; GREGER, *Beweis*, *supra* nota 90, pp. 49 y ss., esp. 102 y ss.; STÜRNER, *Beweisregeln*, *supra* nota 1, pp. 809 y ss., esp. 816; WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 8, pp. 175 y ss.

⁹⁹ ¿Cuándo, exactamente, la probabilidad “raya” con la seguridad?

¹⁰⁰ Esto también se ve bien en el panorama acerca de la utilización de la fórmula en la jurisprudencia del RG elaborado por GREGER, *Beweis*, *supra* nota 90, pp. 60 y ss.

la formación de la convicción esté completo. En tal medida, si faltan circunstancias importantes a favor en contra de la verdad de la hipótesis, existe el riesgo de que la valoración de la prueba también sea equivocada en su conclusión, esto es, que no llegue a la formación de aquella convicción que el juez hubiera alcanzado sobre la base del material convictivo completo, o —a la inversa— que se origine una convicción que no se hubiera producido frente a la totalidad del material. Esta comprensión se corresponde, en aquellos procedimientos que pretenden asegurar del mejor modo posible la coincidencia de la comprobación de los hechos con la verdad —como el proceso penal— con el deber del tribunal de esclarecer en forma amplia el material probatorio relevante¹⁰¹. Pues, en esa medida, ya no se trata de una cuestión relativa al contenido o la estructura del concepto mismo de convicción, sino de seguridades que pretenden asegurar la mayor coincidencia posible de la convicción judicial con la realidad, por lo cual resulta concebible, sin más, que este deber no exista en los procedimientos que determinan el material a ser valorado conforme otros principios, y a pesar de ello, en esa medida, (correctamente), se habla de convicción.

Además, es necesaria una segunda cosa a fin de que la convicción del tribunal se corresponda lo mejor posible con la verdad: el tribunal debe haber percibido —al menos en lo esencial¹⁰²— las circunstancias de prueba relevantes por sí mismo. Sólo cuando el tribunal que debe llegar a la convicción ha percibido el material probatorio por sí mismo en forma inmediata, esto es, la visión concreta¹⁰³, se garantiza que los matices y facetas de una declaración, que pueden poner en duda la veracidad de la declaración, tengan efectos; sólo cuando el tribunal ha vivenciado por sí mismo la totalidad de la audiencia puede decir, por el contrario, que no se ha puesto manifiesto razón alguna para poner en duda la veracidad de una cierta declaración. En este sentido, la adecuada formación de la convicción presupone la inmediación en la recepción de la apueba por aquellos que han de valorar las pruebas.

Cabe concluir aquí con estas esquemáticas consideraciones relativas al aseguramiento procesal de la mayor coincidencia posible entre la convicción y la realidad, que ya van más allá del concepto de convicción. El objetivo de este trabajo fue mostrar el trasfondo común y las coincidencias de la estructura de la libre valoración de la prueba en los procesos civil y penal, y poner de manifiesto el

¹⁰¹ La relación ya es establecida con claridad por MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, pp. 72 y s.

¹⁰² No quedan totalmente excluidas las excepciones en el sentido de delegación de la recepción de la prueba de los puntos adecuados para esto.

¹⁰³ La relación que existe aquí entre inmediación de la recepción de la prueba, valoración de la prueba y configuración de la convicción fue puesta de resalto con fuerza especialmente por los hegelianos en el siglo XIX, tal como KÖSTLIN, *Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im 19. Jahrhundert*. 1849, pp. 114 y ss., esp. 117 y s., y 120 y s.

contenido y lo adecuado del concepto de convicción como conclusión de la valoración de la prueba. Que esto haya sido hecho –especialmente en cuanto a los ejemplos– con una mayor referencia al proceso penal que al civil se puede comprender por la profesión del autor. Intencionalmente se dejó de lado el tratamiento de la cuestión, ya mencionada en la literatura procesal del siglo XIX, relativa a si la conclusión probatoria a ser buscada en el proceso civil debe ser la convicción, o si resulta concebible una distinta atento los principios estructurales del proceso civil. El tratamiento de esta cuestión resulta mucho más destinada al estimado homenajeado que al autor de este trabajo.