

2023

Estudios sobre Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

NÚMERO ESPECIAL
Prueba



1. PRUEBA DE LOS PRESUPUESTOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y EXCULPACIÓN

Gonzalo Ezequiel Artola y Francisco De Paula Jiménez

VOCES: PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA. ESTADO DE NECESIDAD. LEGÍTIMA DEFENSA. INIMPUNITABILIDAD.

Cítese como: Artola y De Paula Jiménez (2023). Prueba de los presupuestos de las causas de justificación y exculpación. *Estudios sobre Jurisprudencia*, número especial: Prueba, pp. 1-19.

PRUEBA DE LOS PRESUPUESTOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y EXCULPACIÓN*

Gonzalo Ezequiel Artola y Francisco De Paula Jiménez

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro proceso penal se entiende que es la acusación quien tiene el deber de demostrar la ocurrencia del hecho investigado, a fin de lograr una condena. También se suele afirmar que pesa sobre la fiscalía o la querrela la carga de la prueba, que no puede ser desplazada al acusado.

Se ha enumerado como uno de los principios del Derecho penal que “el fiscal debe siempre probar la culpabilidad más allá de toda duda razonable” (Fletcher, 2008, 148). Esta proposición está dotada de cierta imprecisión, lo que le permite obtener aceptación general, pero encierra el problema de la indeterminación de la noción de “culpabilidad” en su formulación.

Si bien está fuera de discusión que la acusación debe demostrar más allá de toda duda razonable la hipótesis que configura el tipo penal, y que los juzgadores deben absolver en caso de no haber arribado a aquél estándar, no está tan claro cómo se debe proceder con respecto a hipótesis alternativas que permitirían justificar o exculpar al imputado².

El análisis y estudio de este tema en la doctrina y jurisprudencia argentina tiene todavía un largo camino que recorrer, pues en muchos casos, no se ha profundizado suficientemente en el estudio de los conceptos que se utilizan, ni se han fundamentado acabadamente las conclusiones a las que se arriba. Por otro lado, en algunos casos se han trasladado al proceso penal, sin mayores fundamentos, soluciones del proceso civil, o razonamientos propios del sistema procesal anglosajón.

Esta situación resulta problemática, porque no está definido qué estándar de prueba se requiere para dar estos supuestos por probados, ni cómo deben resolverse los casos de duda. Tampoco está claro si en estos casos la defensa tiene una obligación de producir prueba, o si puede limitarse a esperar que el acusador no logre desvirtuar una hipótesis exculpatoria, que tampoco está claro quién debería introducir.

Al no estar definida de antemano la cuestión, en la mayoría de los casos, la termina precisando el tribunal a la hora de dictar sentencia, cuando la oportunidad de la defensa de introducir hipótesis de descargo, producir prueba, o valorarla en cierto sentido ha expirado. Por eso, uno de los objetivos de este trabajo es brindar una recomendación para la labor de la defensa en casos en que sea posible elaborar una teoría del caso en la que aparezca una hipótesis que permita justificar o exculpar al acusado.

2. ESTRUCTURA DEL TRABAJO

En primer lugar (apartado III), se analizará el concepto de la carga de la prueba, y se evaluará su utilidad en el proceso penal. La cuestión de la prueba de la justificación e inculpabilidad pareciera

* La elaboración de este artículo se inició en 2022 a raíz de la propuesta de trabajo y las reflexiones que surgieron en el marco del Seminario "Problemas probatorios en el proceso penal", organizado por la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia del MPD.

² En adelante, MATDR.

que se resuelve sencillamente con la aplicación de este instituto, pero veremos que no es así.

Luego, se presentará un panorama acerca de cómo se aborda el problema en el sistema anglosajón —tomando como ejemplo el de los Estados Unidos (apartado IV)— y en el sistema continental —en el que se analizará el caso alemán y el español— (apartado V). Ello, para poner de manifiesto que la cuestión es sumamente controvertida en el derecho comparado, entender a qué se deben las discrepancias entre los sistemas, y analizar críticamente si el modo de resolver la cuestión en cada modelo resulta coherente con los principios generales sobre los que se cimientan.

En el apartado VI se abordará cómo es tratado el tema en la Argentina, haciendo foco en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y algunos precedentes relevantes de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.

Por último, se esbozará una conclusión general, junto a una recomendación en cuanto a la labor de la defensa en el proceso penal argentino (apartado VII).

3. EL INSTITUTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA ¿TIENE UTILIDAD EN EL PROCESO PENAL?

El concepto de la carga de la prueba puede ser visto desde dos ángulos. Por un lado, como la distribución de deberes en cabeza de cada una de las partes de probar un hecho³; y, por el otro, como la consecuencia del incumplimiento de ese deber, a modo de regla de juicio, que indica al juzgador cómo deben resolverse los casos en que ese deber no fuera cumplido.

De este modo, puede hablarse de carga de la prueba en dos sentidos. Uno subjetivo, que mira a las partes y les indica qué hechos deben acreditar; y otro objetivo, que mira al juzgador y le indica el modo de dirimir las dudas cuando no se arribe al estándar de prueba requerido.

Una mirada que partiera del principio general del derecho procesal, “*el que alega, prueba*”⁴, y la aplicara sin más al proceso penal, postularía que a la acusación le corresponde acreditar la hipótesis de cargo (fundamentalmente, el hecho típico y la participación; por ejemplo, la hipótesis “Juan mató a Pedro de un disparo al pecho”) y, a la defensa, la de descargo (como ser la concurrencia de una circunstancia de hecho que encuadra en una eximente; por ejemplo, la hipótesis “Juan disparó porque Pedro previamente le había apuntado inesperadamente con su arma, amenazando con matarlo”). Por consiguiente, las situaciones de duda se resuelven en perjuicio de la parte que tenía el deber de acreditar la situación de hecho.

Desde otra mirada, que incorporara al análisis las garantías que rigen específicamente en el proceso penal, se podría entender que, en virtud del principio de inocencia y de su derivado el *in dubio pro reo*, es el acusador quien tiene el deber de probar todo lo que rodea al hecho investigado. Parece desprenderse que el imputado goza de un estado de inocencia que debe ser destruido por el acusador al demostrar su culpabilidad. Es decir, que pesaría sobre la fiscalía la carga de la prueba, y que ésta no puede ser desplazada al imputado (Maier, 2012, 498).

³ Esta definición no es precisa, porque el concepto “probar” puede ser entendido de varias maneras, como ofrecer elementos de convicción, producirlos, persuadir al juzgador acerca de que un hecho está acreditado, etcétera. Sin embargo, es útil a efectos de la explicación.

⁴ El principio se encuentra formulado, con diferentes variaciones, desde el Digesto. Específicamente en las máximas de Paulo: “*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*” -D.22,3,2-, Marciano: “*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*” -D.22,3,21- y ULPIANO: “*probare necesse habet*” -D.40,14,6-, las contenidas en el *Codex*.4.19.23: “*cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit*” y C.2.1.4: “*Adore non probante reus absolvitur*”. También la regla: “*reus in exceptione, actor est*”, D.22.2.25.2 *in fine*, D.22.3.9; 12 y 19, y D.44.1.1.

Sin embargo, a poco que nos adentramos en la cuestión, advertimos que el instituto no aporta demasiado a la labor de los litigantes y juzgadores, sino que, por el contrario, la complejiza innecesariamente.

Si indagamos un poco más, advertimos que, en los sistemas procesales continentales, la fiscalía tiene la obligación de investigar un hecho en la búsqueda de la verdad material, no necesariamente en un único camino dirigido obtener prueba de cargo que funde una condena⁵.

Asimismo, como ha advertido Taruffo, el instituto de la carga de la prueba choca también con el principio de *adquisición de prueba*, que

establece que si existe prueba relevante para el establecimiento de un hecho, esta puede -y debe- ser tomada en cuenta por el juez, independientemente de su origen, es decir, ya sea que haya sido presentada por la parte que tenía la carga, o bien que haya provenido de la otra parte o un tercero, y también -finalmente- cuando su presentación haya sido dispuesta de oficio por el juez (2019, 17).

Con la introducción al sistema procesal de la libre valoración de la prueba, decae toda la utilidad que hasta entonces había tenido la carga de la prueba. No importa quién debe probar qué hecho, sino que lo que se pretende en el proceso es determinar una verdad material sobre el hecho investigado, con independencia de quién aporte la prueba (Nieva Fenoll, 2019, 35).

Lo dicho quita cualquier interés del derecho procesal penal en la carga de la prueba en sentido subjetivo (que mira a las partes y les indica qué hechos deben acreditar). En definitiva, no hay ningún deber en cabeza de las partes cuyo incumplimiento sea sancionado. Del deber del juez de resolver en un cierto sentido en caso de no arribar al estándar de prueba requerido no puede inferirse sin más un deber en cabeza de las partes sino, a lo sumo, un incentivo (Ferrer Beltrán, 2019, P. 60). Incentivo para el que no resulta necesario el instituto, pues resulta evidente que la falta de prueba de un hecho perjudica a quien pretenda la aplicación de la consecuencia jurídica que ese hecho traiga aparejada.

Hasta aquí pareciera quedar en pie la carga de la prueba en sentido objetivo. Pero si el plano *objetivo* miraba al juzgador y le indicaba el modo resolver cuando el deber probatorio de una parte había sido incumplido, eliminado el deber, pierde todo sentido la carga objetiva.

De este modo, vemos que en el proceso penal no es correcto hablar de un deber en cabeza de cada parte de probar ciertos hechos, cuyo incumplimiento será sancionado a la hora de dictar sentencia (carga subjetiva de la prueba). Como contracara, tampoco hay una regla de juicio que indique al juzgador cierto modo de resolver para castigar ese incumplimiento (carga objetiva de la prueba).

Esta postura se alinea con lo sostenido en el ámbito local por Maier, quien sostuvo que, considerando las características propias del proceso civil, donde el juez es “más un árbitro que un inquisidor”, la carga tiene más cabida allí que en el proceso penal⁶. Por ello, concluye que tienen razón

⁵ Como se verá, en el modelo anglosajón esto no es enteramente aplicable, porque la búsqueda de la verdad material no aparece como un objetivo principal e irrenunciable del proceso.

⁶ En el ordenamiento civil argentino vemos numerosas disposiciones que regulan cuestiones probatorias mediante el instituto de la carga de la prueba. Por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación indica que “incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción (art. 377). Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación afirma que “excepto

quienes excluyen de su sistema la teoría de la carga probatoria (2012, 507).

En conclusión, advertimos que el concepto puede tener gran utilidad en sistemas de prueba tasada donde, mediante un sistema de presunciones legales y deberes probatorios en cabeza de las partes, la ley le indica detalladamente al juez cuándo deben darse por probados ciertos hechos. El instituto simplifica la labor probatoria, pero lo hace a costa de la calidad epistémica de la decisión a la que debe arribar el juez.

Por eso, si bien resulta tentador echar mano del instituto de la carga de la prueba para construir sobre él un intento de resolver la prueba de las causales de justificación e inculpabilidad, eso no aparece coherente con el objetivo de búsqueda de la verdad material que rige en los sistemas procesales penales continentales, como tampoco con los sistemas de libre valoración de la prueba.

Descartada la opción de resolver la cuestión mediante el concepto de la carga de la prueba, aparece conveniente estudiar cómo abordan el tema distintos sistemas jurídicos, y por qué lo hacen de cierto modo.

4. LA CUESTIÓN EN EL MODELO ANGLOSAJÓN

Se tomará como ejemplo del modelo anglosajón el sistema de los Estados Unidos, donde la legislación en materia procesal varía según cada Estado como también a nivel federal. Sin embargo, en términos generales, podemos afirmar que se trata de un proceso adversarial de juicio por jurados que apunta a la resolución del conflicto, donde las partes cumplen roles definidos en un plano de igualdad formal, y el juez técnico tiene una función más pasiva a la que estamos acostumbrados en nuestro ámbito.

El sistema cuenta con diferentes deberes probatorios (*burden of proof*), como son los conceptos de *burden of production* (la carga de producir la prueba) y *burden of persuasion* (la de persuadir al juzgador). Además, manejan diferentes estándares de prueba, como ser el de *beyond reasonable doubt* (BRD, equivalente al MATDR), y de *preponderance of evidence* (preponderancia de la prueba), que se alcanza cuando una proposición es más probable que sea verdadera a que no lo sea, otras veces descrita como “*more probable than not*” o “*more likely than not*”.

Asimismo, cuentan con un sistema de análisis del delito *bipartito*, ya que únicamente distinguen el aspecto externo de la conducta (*actus reus*, que sería un equivalente a lo que se conoce como tipo objetivo) y el interno (*mens rea*, el equivalente del tipo subjetivo). El sistema bipartito tiene la ventaja de su simplicidad, pero éste es también uno de sus principales defectos, ya que carece de una categoría en la que incluir las exenciones de la responsabilidad criminal y agruparlas sistemáticamente en justificación y exculpación.

Por eso, en el sistema del *common law* los problemas de justificación y exculpación se abordan a partir de las excepciones del Derecho civil, y se las concibe como eximentes de la responsabilidad penal, no como presupuestos de ella. Procesalmente, se las incorpora como defensas legales. El modelo bipartito de análisis refleja, en parte, un modelo de Derecho privado (Fletcher, 2018, 84-86).

disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega (art. 1734), y que “no obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa” (art. 1735).

Se sigue de eso que, como regla general, se requiere que la carga de la prueba caiga sobre el que las alega. Pero esta regla tiene excepciones y matices, por lo que aparece conveniente repasar un precedente judicial que ilustra el debate.

En el fallo *Dixon vs United States* (2006 US 4894) la Suprema Corte sostuvo que el acusado tenía la carga de la prueba en caso de invocar una defensa afirmativa⁷, y que debía sostener su hipótesis bajo el estándar de *preponderance of evidence*.

Dixon fue acusada de adquirir armas de fuego de forma ilegal. La defensa sostuvo que la acusada actuó bajo coacción (*duress*), por encontrarse amenazada por su expareja, y solicitó que se instruya al jurado de que correspondía a la fiscalía la carga de probar que no actuó bajo coacción. También había invocado el caso *Davis v. United States* 160 U.S. 469 (1895)⁸, en el que se estableció que la fiscalía tenía la carga de la prueba una vez planteada por la contraparte la *insanity defense* (también *mental disorder defense*), lo que en nuestro ámbito podría analizarse en el marco de la determinación de la capacidad de culpabilidad.

Sin embargo, el planteo no fue tenido en cuenta, en función de legislación posterior sobre ese tema, y la Corte dijo que el precedente “Davis” no alteró la regla establecida en el *common law*, que coloca la carga de probar la defensa de coacción en el acusado.

Es interesante destacar la disidencia del juez Breyer en el caso “Dixon”, quien expresó que, en ausencia de indicación legislativa en otro sentido, la carga de persuadir al jurado debería estar en cabeza del acusador. Explica que varios factores contribuyen a que esto sea así:

Por un lado, en muchos aspectos la cuestión de la coacción se parece a la de la *mens rea*⁹, elemento que siempre le corresponde a probar a la acusación. Agregó que, en el caso, la acción fue deliberada en el sentido de que la acusada sabía que estaba violando la ley, pero cuando alguien actúa bajo coacción, su elección no tiene el mismo sentido, y ahí reside la semejanza con la falta de *mens rea*.

Además, Breyer sostuvo que los tribunales federales han impuesto la carga de persuasión sobre la fiscalía con respecto a los casos de *self-defense*, *insanity* y *entrapment*, que se asemejan en cierta forma a la defensa por coacción, por lo que no estaría justificada la distinción.

A partir de lo dicho se observa que, como regla general, es la acusación la que lleva la iniciativa probatoria. Sin embargo, en muchos casos, es aceptado que la defensa tenga que asumir un rol activo y probar bajo cierto estándar que existió un hecho que justifica o exculpa la conducta (a través

⁷ Se entiende por *affirmative defense* a la aserción de la defensa sobre hechos y argumentos que de ser ciertos vencerían la pretensión fiscal, aún si los hechos de la acusación resultan verídicos (conf. *Black’s Law Dictionary*, 8th ed. 2004, p. 1268).

⁸ Davis fue declarado culpable de homicidio doloso y condenado a pena de muerte. Sin embargo, existían pruebas para demostrar que en el momento del hecho no fue capaz de comprender la criminalidad del acto por encontrarse en un estado de alteración mental. El Tribunal sostuvo que se presume que todo hombre está mentalmente sano y que la carga de demostrar lo contrario recae sobre la parte que lo afirma. En definitiva, la cuestión debía introducirse como una defensa. Sin embargo, la Corte revocó la sentencia y devolvió el caso con instrucciones para que se desarrolle un nuevo juicio, en el entendimiento de que el jurado no puede emitir un veredicto de culpabilidad si existe una duda razonable fundada en la evidencia incorporada (por cualquiera de las partes) con respecto a si en el momento del hecho el acusado estaba mentalmente capacitado para comprender la naturaleza del acto.

⁹ Puede entenderse como estado mental requerido para condenar a un acusado por un delito en particular o “intención criminal” que tenía una persona al cometer un delito. Al respecto ver *Staples v. United States*, 511 U.S. 600 (1994).

de las *defenses*).

En definitiva, en muchos tribunales de los Estados Unidos “*existen numerosas situaciones en las que el acusado tiene la obligación no sólo de presentar ciertas pruebas relevantes (...) sino también la obligación de probar ciertas aseveraciones exculpatorias que ha realizado en el transcurso del proceso*” (Laudan, 2013, 165).

La forma de resolver la cuestión en el modelo anglosajón se explica tanto por la forma en la que conciben el concepto de delito (sistema bipartito), como también por el objetivo primordial de su sistema procesal (modelo adversarial enfocado en la resolución de conflictos). Obsérvese que el modelo adversarial fomenta un sistema probatorio competitivo en el que el litigante está motivado para presentar solamente aquellas pruebas que le sean favorables, independientemente de su relevancia para la búsqueda de la verdad (Damaska, 2015, 105).

Además, al tener en cuenta que en el juicio por jurados el juez árbitro les brinda instrucciones acerca del derecho sustantivo que podría aplicarse al caso, parece razonable que, si en la teoría del caso de la acusación no se aborda una posible eximente, la defensa tenga que introducirla en su propia teoría.

En definitiva, si del caso de la acusación no aparece en debate una eximente y, pese a ello, la defensa pretende su aplicación, estará obligada a introducirla. De ese modo, al ventilarse en el debate la posibilidad de que opere una causal eximente, el juez árbitro incluirá una explicación sobre ella en las instrucciones finales y, recién ahí, el jurado estará en condiciones de juzgar su ocurrencia.

5. LA CUESTIÓN EN EL MODELO CONTINENTAL

A diferencia del modelo anglosajón, el proceso penal continental centra su dinámica en la función establecida para el órgano jurisdiccional y la fiscalía, y no en la tensión permanente entre la acusación y la defensa.

En la cultura jurídica continental los procesos civiles y penales sirven esencialmente a objetivos diferentes: los procesos civiles de carácter económico están dedicados a la resolución de controversias, cuyo paradigma implica una materia susceptible, en general, de acuerdo extrajudicial. Respecto al proceso penal, la opinión tradicional afirma que persigue la realización de la política criminal del Estado.

En cuanto a esto último, afirma Damaska (2020, 126) que

la necesidad de establecer los hechos indispensables para la realización de la política penal -por ejemplo, la separación de los culpables de los inocentes- induce al proceso de aplicación de la política criminal a eliminar, o a reducir, al menos, los impedimentos a la búsqueda de la verdad que, en el proceso de resolución de conflictos, se derivan del control de las partes sobre el objeto y la existencia de la controversia.

En resumen, el objetivo del proceso penal continental hace que aumente el valor relativo que tiene la búsqueda de la verdad.

Esta concepción del proceso penal atribuye el control sobre la investigación de los hechos, en gran medida, a los funcionarios estatales responsables de la decisión final. Se entiende que, si se permitiera exclusivamente a la acusación y a la defensa dar forma a la base fáctica del proceso, la visión del tribunal se vería limitada solo a lo que las partes quisieran que el juez conozca, cuestión que iría

en detrimento del objetivo principal de búsqueda de la verdad material.

En consecuencia, en el sistema continental muchas veces se acepta que el juez tenga facultades para investigar los hechos y que no se encuentre limitado a las alegaciones de las partes. Esto juega en detrimento de su imparcialidad por lo que, para mitigar sus efectos sin desatender al objetivo del proceso, los sistemas continentales suelen contener ciertas limitaciones a la actuación del órgano jurisdiccional, a la par de colocar sobre la fiscalía un deber de actuar con objetividad.

Lo dicho responde a un modelo teórico que, si bien facilita la comprensión, no puede hacernos olvidar que la realidad es más compleja. Por eso, es conveniente ahora estudiar un modelo concreto que atiende a este paradigma, el modelo alemán.

5.1 Alemania

La doctrina tradicional alemana ha entendido que el fin del proceso penal es alcanzar una decisión materialmente correcta que reestablezca la paz jurídica. La exactitud material exigida se condice con el deber de la fiscalía de investigar todas aquellas hipótesis que resulten posibles en el caso particular, sea que puedan llevar a una condena o a una absolución. De allí se concluye que, para la fiscalía, sería más correcta la denominación sujeto procesal o participante procesal (*prozessbeteiligte*), en vez de parte (Roxin y Schüneman, 2019, 129).

A partir de esto, se rechaza hablar de reglas sobre la carga de la prueba, porque se entiende superada la distinción entre prueba *de cargo* y *de descargo*, y se afirma que la obligación principal en materia probatoria siempre recae sobre el Estado. Esto es sostenido incluso desde la primera parte del S. XIX por Mittermaier, quien postulaba la incoherencia que había entre las obligaciones probatorias propias del proceso civil y el fin del proceso penal, con especial crítica a los que pretendían el tratamiento de los hechos favorables al acusado como excepciones del derecho civil (1993, 171-178).

Asimismo, a partir del principio de investigación, se sostiene que es competencia del tribunal comprobar la existencia de eximentes (Volk, 2016, 259), y que éste es libre frente a las afirmaciones tanto de la fiscalía como de la defensa.

En cuanto al concepto de delito, en el modelo alemán se reemplazó el modo clasificatorio que distinguía cuestiones inculpatorias y exculpatorias (el sistema bipartito, desarrollado al tratar el sistema anglosajón), por uno tripartito de análisis con tres conceptos positivos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. A cada categoría de análisis del delito, en su formulación positiva, se le contrapuso una formulación negativa: atipicidad, justificación, y exculpación.

Durante el siglo XIX en la doctrina alemana se hablaba de *eximentes*, mientras que los anglosajones hablaban de *defenses*. Sin embargo, el término eximentes desapareció del lenguaje técnico jurídico alemán cuando la doctrina entendió que todo el delito debía ser analizado con una misma teoría (Fletcher, 2008, 92-93).

Como consecuencia del sistema procesal centrado en la búsqueda de la verdad material, y el concepto tripartito del delito, los tribunales alemanes no conciben que el acusado tenga que probar los presupuestos de las causales de justificación e inculpabilidad, y reconocen el beneficio de la duda en su favor en cada uno de los estadios de análisis del delito. Esto aparece coherente con el fin principal del proceso, como también con su forma de abordar el estudio del hecho delictivo.

Parecería que la cuestión queda planteada entre dos grandes modelos: el modelo anglosajón y el

continental. Pero lo cierto es que, dentro del modelo continental, la cuestión de la prueba de eximentes no es resuelta de igual modo en todos los sistemas procesales. Todo lo contrario, hay grandes discrepancias, y ejemplo de ello encontramos en España.

5.2 España

En España el tratamiento de la cuestión responde a una recepción acrítica de la teoría general de las cargas probatorias del proceso civil (Ramírez Ortiz, 2019, 93).

La doctrina tradicional española parte de una diferenciación entre los hechos constitutivos y los impeditivos o extintivos de la responsabilidad penal, y sostiene que el principio de inocencia y el *in dubio pro reo* no aplican a los últimos. Postula que, sobre estos hechos, la carga probatoria pesa sobre quien los alega, y que deben estar probados con el mismo estándar que los constitutivos.

Es ilustrativa la jurisprudencia de la Sala II (Penal) del Tribunal Supremo Español, antes de la promulgación de la Constitución de 1978 —que establece expresamente en su artículo 24.2 el principio de inocencia—, en la STS del 14 de febrero de 1976 (STS 632/1976, ponente Díaz Palos). En el caso, los acusados habían sido condenados por el delito de robo. En su recurso plantearon que, en la plataforma fáctica que el tribunal tuvo por acreditada, no se había descartado la posibilidad de que la víctima hubiera consentido el desapoderamiento.

El Tribunal Supremo realizó una distinción entre los elementos constitutivos y los impeditivos o extintivos, trató la cuestión del consentimiento como un hecho impeditivo, y afirmó que estos elementos deben darse por acreditados cuando no surja duda alguna. Específicamente en cuanto a los impeditivos o extintivos, sostuvo que se “dará una inversión del *onus probandi*” y, para su aplicación, la causal deberá estar “tan probada como el hecho mismo”.

Luego de la reforma de la Constitución se continuó con el criterio, como se puede ver en la STS del 29 de junio de 1984 (1141/1984, ponente Moyna Ménguez). En el caso, el acusado había sido condenado por homicidio atenuado por trastorno mental transitorio. En su recurso planteó que, debido a su estado mental alterado, había dudas sobre su capacidad de culpabilidad, y su conducta no podía considerarse delictiva.

El Tribunal Supremo afirmó que no resulta aplicable el principio *in dubio pro reo* en un caso de posible inimputabilidad, y reafirmó que los hechos en que se funda una eximente “han de hallarse probados como el hecho mismo, y mientras tanto debe aceptarse la salud mental como estado normal”.

Otra sentencia relevante es la STS 1851/2017, ponente Del Moral García. En el caso, el acusado había sido condenado por delito de enaltecimiento de terrorismo y humillación de sus víctimas, a raíz de la publicación de una serie de *Tweets* en los que elogiaba la actividad de la ETA. La defensa planteó que, como estaba acreditado que el acusado padecía un síndrome delirante sensitivo de referencia con un trastorno paranoide de la personalidad, no estaba acreditada su capacidad de culpabilidad.

El Tribunal afirmó que “la presunción de inocencia no alcanza a las excluyentes de la inimputabilidad” y, específicamente en cuanto a la inimputabilidad por déficits psíquicos, sostuvo que “no hay una presunción constitucional de que todo ciudadano presenta déficits psíquicos que le convierten en inimputable penal”.

Este criterio se mantiene a la fecha¹⁰, salvo algunos votos aislados del Dr. Varela Castro, que discrepa de esa doctrina. Ejemplo de criterio disidente es la STS 3520/2016. En el caso, el acusado de dos homicidios alegaba que su estado de embriaguez durante los hechos no le impedía comprenderlos, pero sí generaba dudas acerca de la aplicación de una eximente incompleta de intoxicación etílica no plena. La cuestión había sido rechazada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con remisión a la doctrina tradicional.

El Dr. Varela Castro afirmó que la doctrina tradicional es incompatible con el principio de inocencia que supone “la erradicación del concepto mismo de carga de prueba en el proceso penal”, y que “en el proceso penal la Constitución garantiza al acusado que no sufrirá ninguna consecuencia gravosa en caso de duda razonable sobre la veracidad de la afirmación de un hecho, sea este constitutivo, extintivo o modificativo de la responsabilidad”.

Asimismo, en la STS 1851/2017, antes citada, Varela Castro en su disidencia afirma que la doctrina tradicional proviene de la traslación “tan frecuente como dudosamente constitucional” de principios del proceso civil al sistema probatorio penal, donde rige el principio de inocencia.

En cuanto a la objeción de la doctrina tradicional de que “no hay una presunción constitucional de que todo ciudadano presenta déficits psíquicos que le convierten en inimputable penal”, afirma que esto es así

no porque la existencia de aquel hecho que exime de responsabilidad sea presumido por ley, proclamando que en principio todos somos psíquicamente enfermos. Como tampoco presume la ley la existencia del hecho alegado en descargo por la defensa. Y, sin embargo, ha de valorarse la prueba sobre el mismo de suerte que excluya toda duda razonable sobre el hecho que funda la imputación.

Finalmente, brinda un argumento interesante en favor de su postura:

[S]i tenemos por valor constitucional la opción de preferir la absolución del culpable a la condena del inocente aún cabe otra pregunta, también formulada en aquel contexto político y doctrinal: Contraponiendo dos hipótesis ante la acusación por un mismo delito frente a dos sujetos que alegan uno una coartada y el otro una causa de exención (inimputabilidad o legítima defensa) le bastará al primero dar lugar a una duda razonable sobre la imputación, mientras el segundo vendrá necesitado de lograr en el juzgador certeza sobre el hecho causante de exención. ¿En virtud de qué principio cabe tan dispar toma de posición sobre la importancia de absolver al inocente, frente al coste de absolver al culpable?.

* * *

Del estudio de la cuestión en España advertimos que la doctrina tradicional aborda la cuestión de forma idéntica al proceso civil, sin atender al fin principal del proceso penal, ni otorgar peso en materia de causales de justificación o inculpabilidad al principio de inocencia ni al *in dubio pro reo*.

En definitiva, el modo de abordaje no resulta coherente con los principios del sistema continental

¹⁰ Por citar otra sentencia reciente que lo reafirma, del 13 de diciembre de 2018, STS 4168/2018, ponente Berdugo Gómez de la Torre, con cita de otros precedentes, se sostiene que: a) la carga probatoria compete a la parte que las alega; b) las causales excluyentes deben estar tan acreditadas como “el hecho delictivo mismo”; c) los déficits probatorios deben resolverse en favor de la plena responsabilidad penal.

antes repasados, que el sistema español abraza. La discrepancia entre el modelo alemán y el español en este punto es tan radical que encontramos más puntos de encuentro entre el sistema alemán y el estadounidense, sistemas que atienden a distintos paradigmas, que entre este y el español.

La postura minoritaria española es interesante, porque intenta compatibilizar los principios que rigen el Derecho penal con la forma de resolver los casos de justificación e inculpabilidad.

En esa línea, cuestiona la presunción de capacidad de culpabilidad penal que postula la doctrina tradicional, que no es más que una traslación acrítica de la presunción de capacidad civil. Agregamos que, en materia de culpabilidad, no aparece adecuado instalar presunciones acerca de la capacidad psíquica de una persona. Las presunciones son enlaces normativos que establecen que, si se dan ciertos hechos, se tiene que dar por probada una hipótesis. Estas normas responden a un sistema de valoración tasada de la prueba, que el sistema pretende erradicar en pos del sistema de sana crítica.

Sin embargo, sí aparece como correcto afirmar que los sujetos adultos, en general, tienen sus facultades mentales conservadas. Eso no es así porque exista una presunción legal, sino que se trata de una generalización empírica efectuada a partir de observaciones pasadas, que González Lagier (2020) llama máxima de la experiencia (un enlace empírico entre una o varias premisas y una conclusión). En definitiva, no es correcto hablar de una presunción legal, sino más bien de un postulado que es de sentido común y aceptación general.

Por último, coincidimos con la apreciación de Varela Castro en su intento de conectar el fin de correcta aplicación del derecho sustantivo con el modo de resolver las dudas en cuanto a las eximentes. En definitiva, si el sistema prioriza evitar condenas erróneas muy por encima de evitar absoluciones erróneas, hay buenas razones para utilizar un único estándar de prueba para todos los elementos del delito, antijuridicidad y culpabilidad incluidos.

Ese estándar es el de MATDR porque, en materia penal, hay razones prácticas relativas a cómo queremos distribuir el coste de las equivocaciones que imponen que el grado de suficiencia exigido para aceptar una hipótesis de condena sea más elevado (González Lagier, 2020, 90).

Como bien deja en evidencia Varela Castro con el ejemplo que plantea entre un acusado que alegue una coartada y otro que invoque una exención (justificación o inculpabilidad), si partimos de la importancia de absolver al inocente frente al coste de absolver al culpable, no se advierten razones atendibles para establecer una diferenciación de criterio —tal como hace la doctrina tradicional— en caso de albergar dudas entre los dos supuestos.

6. LA CUESTIÓN EN ARGENTINA

Si bien la Constitución Nacional afirma que el Congreso debe establecer un sistema de juicio por jurados (art. 24, CN), y que todos los juicios criminales ordinarios se terminarán por jurados (art. 118, CN), en la Argentina el proceso penal históricamente respondió al paradigma continental europeo. El proceso se orienta hacia la búsqueda de la verdad y se acepta sin discusión que la fiscalía tiene un deber de objetividad.

La doctrina penal alemana es la que permeó en gran medida en los doctrinarios argentinos, por lo que el modo de estudio del delito es tripartito y el modo de resolver la cuestión se asemeja al alemán, antes repasado.

Aquí también, por supuesto, aplica la aclaración efectuada en cuanto al sistema de Estados Unidos, ya que la legislación en materia procesal varía según cada provincia, como también a nivel federal.

Pero, por tomar un ejemplo, incluso el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (Ley 27.063), si bien apunta un sistema adversarial e indica a los jueces y fiscales que procuren “resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social” (art. 22), conserva el principio de objetividad del fiscal y le impone “recoger (...) los elementos de cargo o de descargo que resulten útiles para averiguar la verdad” (art. 229).

Para analizar el tratamiento en la Argentina, es adecuado partir de la posición de Maier, que fuera receptada por la jurisprudencia de la CSJN. En resumidas cuentas, sostiene que, por aplicación del principio de inocencia y el *in dubio pro reo*, “el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia (...), sino que, antes bien, quien lo condena debe destruir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible”. Agrega que

la falta de certeza sobre la existencia del hecho punible conduce a su negación en la sentencia; en cambio, la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación, de inculpabilidad o de impunidad de existencia probable, según el caso, conduce a su afirmación (2012, 500; 507).

Dicho eso, pasamos a repasar algunos fallos relevantes de la Corte Suprema y la Cámara Nacional de Casación.

6.1. La Corte Suprema

La tesis propuesta por Maier fue receptada en el fallo de CSJN “Abraham Jonte” del 7 de diciembre de 2001. En el caso, se debatía si el agente Abraham Jonte estaba habilitado legalmente para proceder a una detención sin orden judicial. El dictamen de la PGN, al que la Corte adhirió e hizo suyo, afirma que “correspondía que el fiscal y la querrela probaran y acreditaran fehacientemente la existencia de la conducta y todos sus extremos, ya que todo atisbo de duda o ausencia de certeza debía interpretarse en favor del imputado”.

Luego, el fallo refiere

lo que debe dilucidarse es si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza sobre que tales movimientos [que habilitaban una detención] de ninguna manera existieron. Lo contrario deja un resquicio a la duda, tratándose, cuanto mucho, de una hipótesis de probabilidad o de verosimilitud, grados del conocimiento que no logran destruir el estado de inocencia del acusado, con base en el in dubio pro reo.

Por otro lado, también es de destacar el fallo de CSJN “Ucha”, del 4 de agosto de 2009. En el caso se debatía si el agente Ucha estaba habilitado legalmente para efectuar dos disparos mortales. Si bien la mayoría optó por desestimar el recurso por aplicación del art. 280 CPCCN¹¹, merece atención el dictamen de la PGN, al que adhirieron los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti, en el que se afirmó que

la versión ensayada por el acusado Ucha al momento de rendir explicaciones [que sostenía la existencia de un enfrentamiento con las víctimas que justificaba la conducta], no ha podido ser desvirtuada en el expediente -más allá de la duda-; por ello a esta altura del proceso y desde mi perspectiva, no puede descartarse

¹¹ En su parte pertinente dispone “La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

como aquella que se ajusta a lo realmente acontecido.

En definitiva, se entendió que la absolución del acusado se basó en “dudas razonables que permitieron al a quo tener por posible la existencia de un procedimiento policial en el que el acusado debió actuar para defenderse de una agresión”, y que “la querrela no alcanzó a demostrar con el grado de certeza exigido la hipótesis fáctica que negaba tales extremos”.

Por último, destacamos el fallo de CSJN “Ministerio Público Fiscal s/ Investigación” del 22 de agosto de 2017. En el caso, un agente de policía que había efectuado un disparo mortal había sido absuelto por duda en los presupuestos de la legítima defensa. Si bien la mayoría optó por aplicar el art. 280 CPCCN, la disidencia de Highton de Nolasco y Lorenzetti se remitió al dictamen de la PGN que, a su vez, refería:

La vacilación del ánimo respecto de la supuesta legítima defensa del imputado estriba en que, si bien la pistola que llevaban quienes huían no fue accionada, ello no obsta a la posibilidad de que hubiese sido esgrimida, circunstancia que, tal como lo reconoce este magistrado, nunca fue invocada por la defensa, ni por el propio imputado que, haciendo uso de su derecho constitucional, se negó a prestar declaración.

A mi modo de ver, corresponde objetar ese estado de duda puesta de manifiesto por dicho magistrado, en tanto que, según lo aprecio, ésta no encuentra sustento en las constancias de la causa.

En este caso, a diferencia de los dos anteriores, si bien se sostiene que la duda sobre los presupuestos de la causal de justificación beneficia al imputado, se sugiere que la defensa debería introducir la hipótesis para que, recién luego, el juzgador pueda considerarla.

6.2 La Cámara Nacional de Casación

También resulta enriquecedor el estudio de algunos fallos de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, en el que se destaca el voto del Dr. García en el fallo de la Sala I “Moreira”¹². El acusado había sido condenado por un homicidio y su defensa solicitaba la aplicación del principio *in dubio pro reo* por existir dudas sobre su capacidad para comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones (culpabilidad), debido al consumo de bebidas alcohólicas.

El fallo hace un desarrollo de la cuestión, quizás de modo intrincado, pero que vale la pena analizar. Al comienzo, reafirma el criterio de la CSJN en “Abraham Jonte”, y afirma que “el acusador es quien carga con el peso de la prueba”. También se cita a Maier, cuya postura fue antes repasada.

Por otro lado, también se quita relevancia al instituto de la carga de la prueba, y se afirma que

no se trata de la existencia de una regla inversa de la carga de la prueba; de lo que se trata es de examinar si hay indicios suficientemente fuertes de esos hechos o circunstancias excluyentes de la punibilidad, al punto de que se hace dudosa la presencia de los hechos o circunstancias que la fundarían. No se trata de discutir quién debe probar la existencia de un hecho o circunstancia que es presupuesto de una causa de exclusión de la tipicidad, de justificación o de inimputabilidad o inculpabilidad, sino de examinar si hay un indicio suficientemente fuerte de un

¹² Resuelta el 24 de mayo de 2018 en causa n° 32012/2013/TO1/CNC3.

hecho o circunstancia que ponen en duda los presupuestos de la punibilidad.

Luego, se hace un repaso del sistema anglosajón, y se afirma que, si bien la regla general es que el *burden of proof* recae sobre la acusación

*cuando se trata de alegar defensas o excepciones, se reconoce que el acusado carga con el peso de la 'persuasión' en el sentido de que incumbe a éste demostrar que hay suficiente evidencia para presentar una cuestión sobre la existencia o inexistencia de un hecho que daría base a una defensa o excepción, lo que se designa como *persuasive burden of proof*, pero una vez satisfecho el estándar de persuasión, no carga aquél con la prueba de ese hecho más allá de toda duda razonable".*

Finalmente remata que

el imputado tiene la carga de presentar suficiente evidencia concerniente a un hecho eximente antes de que este hecho pueda ser considerado por el tribunal, pero una vez presentada esa evidencia, corresponde a la acusación desbaratar la defensa (...). Esta comprensión de la carga de la prueba ha sido recogida en alguna jurisprudencia de esta Cámara (p. ej. Sala II, causa n° 23181/2014, "Ortellado, Vicente" sent. de 05/09/2017, reg. n° 793/2017)".

Aquí se advierte lo confuso del fallo; entonces ¿sí tenía la defensa el deber de producir *suficiente evidencia*? En este pasaje pareciera exigirlo para que, recién luego, el Tribunal trate la existencia o no de una eximente.

Finalmente, el fallo matiza esta postura, y afirma que los argumentos de la defensa "tampoco presentan una *hipótesis plausible* que explique razonablemente la existencia de la causa de exclusión de la culpabilidad que pretende se aplique al caso". En definitiva, parece volver al primer criterio. La defensa debe presentar una hipótesis plausible; lo que no significa que deba necesariamente producir prueba para acreditar bajo cierto estándar la hipótesis.

Por su parte, en "Ortellado" (Sala II, voto del Dr. Niño), citado en el fallo anterior, también se había planteado la existencia de una causal excluyente de la culpabilidad en el marco de un homicidio, debido a la ingesta de alcohol. En cuanto a ello se afirmó que, de los elementos probatorios recabados, no se desprendió ningún signo o indicador que permitiera inferir la ocurrencia de la causal, y que la defensa "tampoco brindó un punto de apoyo que permita revisar seriamente dicha circunstancia".

En el fallo también se afirma, en idéntica línea a lo afirmado por la doctrina tradicional española, que los términos potenciales utilizados por la defensa "no alcanzan a conmovir la presunción de capacidad psíquica de un sujeto adulto normal".

Finalmente, es de destacar el voto del Dr. Huarte Petite, al que adhirió el juez Jantus, en el fallo de la Sala III "Baltazar"¹³. En el caso, el acusado había sido condenado por un robo, y su defensa planteó que "se había descartado arbitrariamente la alegada falta de culpabilidad del acusado al momento del hecho", ocasionada por ingesta alcohólica. Afirmó que "el Fiscal no ordenó ninguna peritación que determine el grado de intoxicación que presentaba el acusado e invirtió la carga de la prueba al poner a su cargo la prueba del estado mencionado".

¹³ Fallo del 12/08/21, Reg. 1124/2021, CCC 93403/2019/TO1/CNC2.

Así, la cuestión sometida se centraba en

determinar si debe darse razón al recurrente en orden a si tal circunstancia (y la simultánea falta de determinación temporánea del grado de alcohol en sangre del imputado), posibilita concluir en un grado de intoxicación tal en él que lo hubiese puesto en condiciones de no poder comprender el contenido disvalioso y antijurídico de sus actos y/o dirigir sus acciones conforme a dicha comprensión.

A la hora de resolver, se reafirmó el criterio de “Abraham Jonte”, y se sostuvo que

con arreglo a tales estándares, corresponderá siempre a la acusación la tarea de acreditar que se reúnen todos los extremos legales requeridos para la imposición de una sanción penal, no sólo aquellos vinculados con la acreditación de los elementos objetivos y subjetivos de un tipo penal en particular, y del grado de participación en él, sino también los relativos a la ausencia de causas de justificación, inculpabilidad u otras que posibiliten concluir en la impunidad de la conducta atribuida.

Sin embargo, en el fallo se matizó esta postura, y se afirmó que

también corresponde a la defensa la acreditación de determinadas circunstancias de hecho que, apreciadas razonablemente, posibiliten concluir, al menos, en un grado de probabilidad relevante (no destruido con certeza por la hipótesis de la acusación, y que por lo tanto permita la aplicación del principio del favor rei), sobre la existencia de alguna de aquellas causas que deriven en la no punibilidad de quien las invoca en su favor.

Para la Sala III, los argumentos de la defensa no lograron “rebatir la fundada conclusión a la que arribó el tribunal de mérito luego de considerar sus planteos, ni tampoco acreditar una probabilidad relevante, en los términos antes precisados, sobre la existencia de los extremos de tal causal de inculpabilidad”.

6.3. Reflexiones acerca del tratamiento de la cuestión en Argentina

El tratamiento de la cuestión por la Corte y por la Casación aparece coherente con el objetivo de búsqueda de la verdad y la concepción tripartita del delito. Se asemeja al modelo alemán y aparece como opuesto a la doctrina tradicional española.

La Cámara Nacional de Casación pareciera partir de idénticos principios que la Corte, pero exige en ciertos casos una actitud más activa a la defensa para atender la causal, como ser producir prueba o, al menos, introducir la hipótesis de hecho que justifica o exculpa la conducta.

No vemos buenas razones para exigir a la defensa producir prueba para, recién ahí, atender a la causal, pero sí para que en ciertos casos tenga que introducir la hipótesis de hecho que justifica o exculpa la conducta.

En cuanto a ello, si afirmamos que, para condenar a una persona se requiere satisfacer el estándar MATDR en cuanto a todos los elementos del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), la otra cara de la moneda indica que la duda razonable sobre un hecho que encuadra en una causal de justificación o exculpación desembocará en la absolución del acusado.

Ahora bien, sin perjuicio de que resulta imposible dar precisión matemática al estándar, Ferrer Beltrán afirma que la hipótesis para condenar solamente quedará justificada cuando a) La hipótesis sea capaz de explicar todos los datos disponibles integrándolos de forma coherente; y, b) No han de ser posibles hipótesis más favorables compatibles con los datos disponibles (2007). Por su parte, Laudan ofrece varios ejemplos de cómo debería ser un estándar de prueba útil, entre ellos “si la historia de la acusación acerca del delito es plausible y usted no puede imaginar una historia plausible que muestre al acusado como inocente, entonces condénelo. De otro modo, absuévalo” (2005, 108). Asimismo, González Lagier afirma como una de las reglas de la sana crítica que “cuantas menos hipótesis alternativas incompatibles con la hipótesis principal subsistan, mejor confirmada estará la hipótesis principal” (2020, 84).

En definitiva, si a la hora de decidir el caso hay una hipótesis alternativa no refutada que permitiría subsumir el hecho en una causal de justificación o exculpación, ello implica que hay una duda razonable sobre su existencia y, en consecuencia, corresponde absolver.

En ciertos casos, pese a que la Fiscalía realice una labor investigativa correcta y de conformidad con el principio de objetividad, puede que igualmente no advierta una hipótesis alternativa que podría subsumir el hecho en una causal de justificación o exculpación. En esos casos, si la defensa advierte la hipótesis, tendrá que introducirla para que, recién luego, sea la acusación la que tenga que refutarla MATDR para solicitar una condena.

Ahora bien, entendemos que lo expuesto no quiere decir que una duda razonable alcance para que en la sentencia se acepte que operó una causal de justificación o inculpabilidad, y se afirme que el acusado, por ejemplo, actuó en legítima defensa. Sino que, únicamente implica que la hipótesis de la acusación no ha superado el estándar MATDR, debido a que se presenta una duda razonable sobre una hipótesis alternativa que presenta un hecho que justificaría o exculparía la conducta. En definitiva, debe absolverse, pero por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Dilucidar cuál es el estándar de prueba para que la causal sea *afirmada* excede el objeto de este trabajo, pero no luce a primera vista adecuado que ello deba ser probado MATDR. Ello, atento a que los costes del error no aparecen tan elevados como en el caso de la condena a un inocente (en este caso, el punto parte de que no hay certeza para condenar, y la cuestión se disputa entre absolver por duda o absolver por la aplicación de una causal de justificación o inculpabilidad. Un error aquí no sería tan costoso ni para la sociedad ni para el imputado), y aparece demasiado exigente imponer sobre la persona imputada la necesidad de acreditar la causal MATDR.

Nuestra intuición indica que el estándar de prueba para aceptar una causal de justificación o inculpabilidad debería estar en un punto entre la duda razonable, y el estándar MATDR, como podría ser el estándar *more probably than not* del derecho anglosajón. Esto va en línea con lo afirmado por Maier (2012) que, como se dijo, entiende que la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación o inculpabilidad *de existencia probable* conduce a su afirmación.

* * *

Sin perjuicio de que hablamos de coherencia entre el tratamiento de la cuestión en la Argentina y el modelo continental, no puede olvidarse que algunas jurisdicciones han incorporado el modelo de juicio por jurados previsto originalmente en la Constitución. Eso podemos verlo incluso en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación antes citado que, si bien no establece juicio por jurados, instala un sistema de corte adversarial y prevé una futura reforma que incorpore el sistema de jurados (arts. 52.c y 282, CPPN Ley 27.063).

En cuanto a ello, si bien excede el objeto de este trabajo, no podemos dejar de señalar que debe efectuarse un análisis de compatibilidad entre el modo en que se resuelve la cuestión de la prueba de presupuestos de causales de justificación y exculpación y los nuevos sistemas adversariales con jurados.

A primera vista, parece que se podría compatibilizar el sistema adversarial por jurados establecido en algunas jurisdicciones con la necesidad de que se acrediten MATDR todos los elementos del delito (antijuridicidad y culpabilidad incluidos) para poder condenar, pues la concepción tripartita del delito en la Argentina no ha variado. Además, los sistemas siguen mostrando un compromiso importante con la búsqueda de la verdad.

Sin embargo, es importante aclarar que sistemas adversariales como el del nuevo Código Procesal Penal de la Nación justificarían una participación más activa de la defensa a la hora de introducir la hipótesis de justificación o exculpación o, incluso, producir prueba en ese sentido y persuadir al juzgador en cuanto a su acreditación

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN PARA LA DEFENSA

1) En el sistema probatorio penal actual no es de utilidad la institución de la carga de la prueba. Como se ha visto, no hay un deber fuerte en cabeza de cada parte de probar ciertos hechos, cuyo incumplimiento sería sancionado a la hora de dictar sentencia (carga subjetiva de la prueba). Tampoco hay una regla de juicio que comprometa al juzgador con cierto modo de resolver para castigar ese incumplimiento (carga objetiva de la prueba).

En definitiva, la parte que tenga un interés en obtener cierto resultado en el juicio tendrá un incentivo en ofrecer, producir, y valorar en un sentido la prueba. Además, la regla de juicio que indica al juzgador cómo resolver en caso de duda razonable no se extrae de la institución de la carga de la prueba, sino que se deriva del principio de inocencia y del *in dubio pro reo*.

2) El objetivo principal del proceso y el modo de estudio del delito inciden en el tratamiento de la prueba de causales de justificación y exculpación.

Un modelo centrado en la búsqueda de la verdad material que, además, tiene una concepción tripartita del delito, se condice con una labor más activa de la acusación y más pasiva de la defensa, y justifica que la Fiscalía tenga que acreditar todos los elementos del delito, antijuridicidad y culpabilidad incluidos.

En cambio, un modelo centrado en la resolución del conflicto que, además, tiene una concepción bipartita del delito, se condice con una labor más pareja por parte de la acusación y la defensa, y justifica que la defensa tenga que probar bajo cierto estándar los presupuestos de hecho que justifican o exculpan la conducta.

3) Si el sistema de búsqueda de la verdad material prioriza evitar condenas erróneas muy por encima de evitar absoluciones erróneas (en otros términos, distribuye los errores en favor de evitar condenar a personas inocentes, aunque ello implique necesariamente absolver culpables), hay buenas razones para utilizar un único estándar de prueba (MATDR) para acreditar los elementos del tipo penal, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Como contracara, es adecuado que se absuelva en los casos en que existan dudas razonables acerca de hipótesis que encuadren, por ejemplo, en error de tipo, legítima defensa, inimputabilidad, etc. Ya sea un caso de dudas sobre la tipicidad, la antijuridicidad, o la culpabilidad, no se advierten diferencias entre la importancia de absolver al inocente, frente al coste de absolver al culpable.

Es el propio estándar MATDR el que indica cuál es el grado de convicción que debe alcanzar una hipótesis de justificación o inculpabilidad para desvirtuar la hipótesis de condena.

4) En materia de culpabilidad, no corresponde hablar de presunciones acerca de la capacidad psíquica de una persona. No nos encontramos ante una presunción legal que coloque la carga de la prueba sobre la defensa. Sin embargo, es correcto afirmar que los sujetos adultos, en general, tienen sus facultades mentales conservadas. El postulado es de sentido común y aceptación general, lo que se conoce como *máxima de la experiencia*.

5) En cuanto a cuál debe ser la postura recomendable para la defensa, cabe decir que, en caso de advertir una hipótesis que coloque el hecho bajo una causal de justificación o inculpabilidad que no haya sido abordada hasta el momento en la investigación, la invoque y, sin perjuicio de la labor que le corresponderá a la acusación, ofrezca elementos de prueba para acreditarla o, al menos, para generar una duda razonable sobre su ocurrencia.

Asimismo, en caso de que el proceso se encuentre avanzado y se encuentre en etapa de alegatos, es recomendable que la defensa insista en lo postulado más arriba, esto es, a) que no es de utilidad en el proceso penal el instituto de la carga de la prueba; b) que, por consiguiente, no tiene un deber fuerte de probar la aplicación de una causal de justificación o exculpación; c) que para condenar se requiere satisfacer el estándar más allá de toda duda razonable sobre todos los presupuestos de la responsabilidad penal, antijuridicidad y culpabilidad incluidos; d) que la regla de juicio a aplicar en el caso se desprende del principio de inocencia y del *in dubio pro reo*; e) que, como contracara, toda duda razonable debe jugar en favor del acusado, y conducir a su absolución; f) que, finalmente, la hipótesis alternativa que colocaría el caso dentro de una causal de justificación o exculpación se encuentra en pie, no ha sido desvirtuada por la hipótesis de condena más allá de toda duda razonable y, por consiguiente, hay al menos una duda razonable, que impide condenar e impone una absolución.

6) En casos en se debata una hipótesis de inimputabilidad, la defensa debería argumentar, en línea con lo expuesto en el *punto 4*), que: a) no corresponde partir de una presunción legal de capacidad de culpabilidad que esta tenga que derribar, y que, b) en el caso concreto, no corresponde aplicar la máxima de la experiencia que indica que los sujetos adultos, en general, tienen sus facultades mentales conservadas. Por ejemplo, porque las circunstancias que rodearon al hecho no permiten aceptar la generalización empírica, y hacen probable que el imputado haya tenido sus facultades mentales alteradas.

BIBLIOGRAFÍA

Damaska, Mirjan (2015) *El derecho probatorio a la deriva*, Buenos Aires, Editorial Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, Jordi (2007) *La valoración racional de la prueba*. Barcelona. Editorial Marcial Pons.

Fletcher, George (2008). *Gramática del derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. 1ª edición. Buenos Aires. Editorial Hammurabi.

González, Lagier (2020) *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba.*, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n°23.

Guerrero, Oscar (2006). *El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental*, en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Hendler, Edmundo (2006) *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, 1° Edición. Buenos Aires. Editorial Ad Hoc.

Laudan, Larry (2005). *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho, núm. 28.

Laudan, Larry (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Traducción de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Madrid. Editorial Marcial Pons.

Maier, Julio (2012). *Derecho Procesal Penal*. Tomo 1. 4ta reimpresión. Buenos Aires Editores del Puerto.

Mittermaier, Karl (1993). *Tratado de la prueba en materia criminal*. Traducción de Primitivo González del Alba. Buenos Aires. Hammurabi.

Nieva Fenoll, Jordi y Ferrer Beltrán, Jordi (2019). *Contra la carga de la prueba*. Madrid. Marcial Pons. Prólogo de Taruffo, Michelle.

Ramírez Ortiz, José Luis (2019) *Cargas probatorias y circunstancias eximentes y atenuantes. El caso de las causas de inimputabilidad*, en Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal. Vol. 2.

Rovatti, Pablo (2019) *Cinco cuestiones de razonamiento probatorio en una sentencia reciente del Tribunal Supremo español*, en *La Verdad en el Proceso Penal*, tomo II, Revista de Derecho Procesal Penal. Editorial Rubinzal-Culzoni.

Roxin, Claus y Schüneman, Bernd (2019) *Derecho Procesal Penal*. Trad. de la 29ª ed. alemana. Buenos Aires. Ediciones Didot.

Volk, Klaus (2016) *Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal*. Trad. de la 7ª ed. alemana. Buenos Aires. Editorial Hammurabi.

Yacobucci, Guillermo (2022). *(In)exigibilidad y pena. El problema de la sanción penal en situaciones dilemáticas*. Buenos Aires. Editorial B de F.