

Legalidad penal y racionalismo probatorio garantista (comentarios a *Jueces, legalidad e interpretación*, de Giorgio Pino)

Legality in the domain of criminal law, and rights centered evidential reasoning (Comments on *Jueces, legalidad e interpretación* by Giorgio Pino)Pino

Edgar Aguilera *

Resumen: Se exponen sintéticamente algunas ideas clave en *Jueces, legalidad e interpretación* de Giorgio Pino, y se hacen cuatro comentarios críticos en los que: (1) se sugiere matizar la tesis de que la realización del ideal de la legalidad depende inevitablemente de la interpretación judicial; y se cuestionan (2) la tesis del valor solo instrumental o no-intrínseco de la legalidad, (3) la tesis de que la legalidad y el Rule of Law son ideales íntimamente relacionados, pero distintos, y (4) la pertinencia del conservadurismo interpretativo que Pino defiende, para el caso de disposiciones procesales epistémicamente disfuncionales como las que establecen estándares de prueba subjetivos.

Abstract: Four critical comments are made pertaining to Giorgio Pino's *Jueces, legalidad e interpretación*. They aim at (1) qualifying the thesis that judicial interpretation is inevitable with regard to the realization of the ideal of legality, and at shedding doubt (2) on legality's instrumental only or non-intrinsic value, (3) on legality's distinctiveness from the Rule of Law, and (4) on the propriety of a conservative model of interpretation when judges are faced with epistemically deficient procedural rules such as those establishing subjective standards of proof.

Palabras clave: Legalidad; legalidad e interpretación judicial; legalidad, prueba y verdad; legalidad y racionalismo probatorio garantista.

Key words: Legality; legality and judicial interpretation; legality, evidence, and truth; legality and rights centered evidential reasoning.

Fecha de recepción: 10-3-2025

Fecha de aceptación: 21-4-2025

1. Preámbulo

La obra a la que se hace referencia en el título de este texto (Pino, 2024) merece, en mi opinión, al menos un doble elogio. El primero porque estamos, sin duda, ante una reflexión profunda respecto de uno de los ideales más venerados de la cultura político-jurídica de nuestro tiempo, que es, simultánea y quizá paradójicamente, uno de los que más urge consolidar en las esferas pública y privada de las sociedades contemporáneas: la legalidad.

La reflexión del autor logra la profundidad aludida en gran parte debido a que echa mano de un discurso marcadamente argumentativo y de una serie de útiles distinciones que en conjunto contribuyen al ordenado abordaje intelectual de este ideal, a revisitar con rigor algunas cuestiones ya clásicas,

*** Investigador postdoctoral en el *Barcelona Institute of Analytic Philosophy* (BIAP), Unidad de Excelencia María de Maeztu; sede: Universidad de Girona (España).

Agradezco las atinadas observaciones, sugerencias y comentarios de los profesores Víctor García Yzaguirre y Jordi Ferrer.

como su compleja fundamentación axiológica, y a poner de relieve aspectos que no suelen estar en el centro del debate. Tal es el caso de su crucial relación con la interpretación y, por ende, con la labor judicial.

El otro elogio, no menor, tiene que ver con la notable calidad de la traducción que Palestra nos presenta, gracias a la cual, pese a las múltiples referencias al contexto italiano con las que se encuentra el lector y al nivel de sofisticación común en los trabajos de tradición analítica, el libro en castellano preserva la pretensión de generalidad de la propuesta de Pino, así como la claridad de sus aportes.

Pues bien, como paso previo a mis comentarios sobre el trabajo, –algunos de los cuales serán generales y otros se circunscribirán al *Capítulo II*–, emplearé el resto de esta sección para destacar de forma sintética algunas ideas clave del pensamiento del autor:

La primera concierne al modo en que Pino propone entender mínimamente la legalidad (2024, 18), a saber, como un ideal que exige que ciertas relaciones sociales –entre poderes públicos, entre actores privados y entre miembros de ambas categorías (27-36)–, estén sometidas (23-27) a la ley (18-23). A la ley en el sentido usual de la expresión, es decir, al acto normativo típico de una asamblea legislativa¹, pero, en esencia, al tipo de normas jurídicas caracterizadas, entre otros rasgos, por su generalidad y menor grado de indeterminación, o sea, a lo que llamamos reglas².

Otra idea clave tiene que ver con la pregunta de por qué es valiosa la legalidad. La respuesta de Pino (2024, 37-43) es que esta es valiosa en la medida en que posibilita y/o apuntala (1) la igualdad de trato por parte del derecho a los ciudadanos que se ubican en las categorías empleadas por la ley, (2) el fortalecimiento de la faceta de nuestra autonomía que involucra la elaboración y

¹ Y es ese el caso paradigmático en el que Pino advierte que se centrará a lo largo del trabajo.

² Lo que obviamente no significa que los principios y/o las normas individualizadas queden excluidas del panorama, sino sólo que el grueso de la regulación jurídica de la conducta (incluyendo la de las autoridades mismas) debería proceder mediante reglas generales. Esto en virtud de la asunción de la que es razonable que el derecho parta consistente en que los seres humanos, sus destinatarios, somos agentes autónomos, revestidos de dignidad, capaces de planificar nuestra vida con base en las advertencias generales acerca de cómo reaccionará la autoridad si incurrimos en ciertos comportamientos, sin necesidad de ser personalmente instruidos al respecto (mediante prescripciones o directivas individualizadas), ni de ser objeto de un monitoreo permanente para asegurar que acatemos. A esta idea volveré repetidamente a lo largo del texto.

ejecución de planes de vida³, y (3) la minimización del riesgo de que los poderes públicos se ejerzan de manera arbitraria o abusiva.

Clave es también la cuestión a la que Pino alude como los “corolarios” de la legalidad (2024, 46-50). En este punto adquiere protagonismo la adhesión de Pino a la idea central de autores como Fuller (1969) con respecto al Rule of Law en el sentido de que sería problemático afirmar que la conducta humana esté sometida a la ley⁴ en un escenario en el que, entre otras anomalías, esta se mantuviese en secreto, si fuese de difícil comprensión⁵, si ordenase cosas imposibles, si entrase en constante contradicción con otros preceptos, si caprichosamente cambiase cada cinco minutos o si fuese aplicada retroactivamente.

De modo que, para estar a la altura del destino al que la legalidad aspira, las leyes, además de generales y abstractas⁶, deben ser públicas, claras, tener vocación de permanencia o estabilidad y no retroactivas; requisitos que, como dije antes, el autor llama “corolarios” del ideal en comento. Cabe agregar la consideración de Pino de que dichos corolarios son de cumplimiento gradual, lo cual implica, de un lado, que sean mayor o menormente satisfechos en la práctica y, de otro, que sea razonable ponderar las demandas de la legalidad junto a las de otros ideales o principios relevantes a los efectos de establecer (siempre de un modo aproximado) distintos umbrales de cumplimiento de sus corolarios para materias diferentes.

Una cuestión clave adicional se relaciona con la atinada observación de Pino (2024, 48-49) de que la realización del ideal de la legalidad necesita también de cierto ambiente institucional, sin el cual se corre el riesgo de que aquel quede sólo como letra muerta. Como parte de los componentes esenciales de ese ambiente, el autor menciona al poder judicial, el cual, asumiendo que cuenta con la debida independencia y que es fácilmente accesible a los justiciables, constituye un aparato de garantía que posibilita la comprobación y sanción de las eventuales violaciones a las leyes.

La conexión entre la legalidad y los mecanismos de control de la misma, típicamente jurisdiccionales es, sostiene Pino (2024, 50-56), inevitable. Y esto en buena medida debido a que, incluso en el caso de las leyes más claras o mejor

³ Ello en virtud de que, al tomar en cuenta la manera en que la ley advierte que las autoridades reaccionarán en caso de que con nuestra conducta instanciamos alguno de sus supuestos, dichos planes se enriquecen y, en principio, se adaptan mejor al entorno.

⁴ O que la ley de que se trate es apta para lograr dicho sometimiento.

⁵ Como resultado de su flagrante ambigüedad y/o debido a la vaguedad extrema de las nociones que emplea.

⁶ Es decir, además de estar conformadas esencialmente por reglas dotadas de presupuestos y consecuencias tendencialmente precisos o determinados.

elaboradas, estas no aportan a quien debe aplicar el derecho más que el insumo, un texto (o sea, un conjunto de disposiciones), con el que comienza el respectivo proceso de interpretación, mediante y al término del cual se obtienen las normas jurídicas propiamente dichas. Este proceso siempre está presente, aunque en un buen número de ocasiones pase desapercibido⁷.

Pero, así como la interpretación (judicial) es inevitable, según el autor, también lo son algunas decisiones discrecionales de parte del intérprete. Estas han de tomarse a efecto de colmar los espacios mayores o menores que deliberadamente o no, el legislador deja para la creatividad interpretativa, y tienen que ver, por ejemplo, con optar por interpretar el precepto de que se trate o bien como una regla o como un principio o un estándar, con determinar si el precepto en cuestión entra o no en conflicto con algún otro elemento del sistema normativo, o con determinar si, además de normas explícitas, se puede(n) o no derivar alguna(s) norma(s) implícita(s) a partir de una o varias disposiciones (Pino, 2024, 68-74).

De acuerdo con Pino, la toma de estas decisiones constituye un ejercicio de poder por parte de los jueces (un poder, en cierto sentido, extra-jurídico), a saber, del poder interpretativo. Por ello el autor considera que la interpretación judicial tiene un importante carácter político. Si esto es así, cabe preguntarnos entonces ¿cómo puede un juez ejercer este poder de un modo consistente con el ideal de la legalidad? Puesto de manera distinta, ¿qué tipo de juez es el que la legalidad requiere?

Pino (2024, 56-59) responde que tendría que ser un juez “modesto”, “formalista” o “conservador”, alguien que esté “al servicio de la ley”. Este juez (1) entiende a las normas que extrae de los textos como reglas rígidas, no derrotables o no sujetas a excepciones, lo que por su parte significa que preponderantemente echa mano de técnicas tendentes a producir normas con contenido determinado y preciso, tales como la interpretación literal, la interpretación restrictiva o el argumento a contrario, (2) no traiciona el mensaje confiado al texto legislativo, o sea que guarda un alto grado de fidelidad al significado lingüístico que es razonable suponer que el ciudadano inmediatamente le ha dado (o podría darle) a las palabras empleadas por la autoridad normativa, y (3) trata de ser congruente con interpretaciones anteriores (suyas y/o de sus colegas), al tiempo que se vale de procedimientos interpretativos y argumentativos compartidos por la comunidad de intérpretes judiciales.

Para terminar con este recuento de ideas clave, me referiré a la reflexión de Pino (2024, 83-147) en torno a la legalidad específicamente penal. De acuerdo

⁷ Quizá por el carácter automático y/o poco radical de ciertas decisiones hermenéuticas.

con el autor, este ideal está íntimamente relacionado con el conocido latinazgo de “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, y se ha desdoblado en un conjunto de subprincipios, tales como el de la reserva de ley, el de la generalidad y abstracción, el de la irretroactividad, el de la determinación de los supuestos de hecho, y el de taxatividad o prohibición de analogía.

Particular mención merece el subprincipio de la reserva de ley. A diferencia de lo que ocurre con la legalidad a secas, que exige la sujeción de la conducta a un sistema normativo jurídico conformado mayoritariamente por reglas generales preferentemente producidas por el órgano legislativo, de acuerdo con Pino, la legalidad penal, por vía del subprincipio de la reserva de ley, exige que la formulación de preceptos penales sea una actividad monopólica del legislador. En otras palabras, si la supremacía de la ley como fuente de reglas generales es altamente preferida por la legalidad, para la legalidad penal esa supremacía respecto del resto de fuentes es absoluta.

El presupuesto del subprincipio en comento es que, dado que la ley es producida por el órgano que mejor representa a toda la ciudadanía, o sea, por el que mayor legitimidad democrática posee, es altamente probable que sus decisiones de criminalización persigan realmente el interés general, que, en la medida en que haya un debate genuino, estas sean decisiones ponderadas y hasta compartidas (incluso por las minorías), y que el resto de la sociedad esté al pendiente del proceso en que esas decisiones se forman y toman, suponiendo que este es público y/o adecuadamente reportado por los medios de comunicación. Esta garantía democrática es sumamente relevante para el caso de la legalidad penal en virtud de su potencial para limitar los abusos en que el Estado podría incurrir al ejercer el más devastador de sus poderes: la potestad punitiva.

Pues bien, debido a factores contextuales que tienen que ver, por ejemplo, con que buena parte de las decisiones de criminalización provienen de instituciones de la Unión Europea (o sea, de instancias externas, ajenas al entorno parlamentario local del autor) y con la dinámica de super mayorías que debilita la dialéctica con la oposición y tiende a hacer coincidentes las decisiones del órgano legislativo con las del gobierno, Pino observa que la garantía democrática (la reserva de ley) se encuentra en crisis, y que, pese a ello, se le sobrevalora (al menos en el ámbito de la cultura jurídica italiana y quizá europea). Cosa contraria a lo que ocurre con el resto de los subprincipios de la legalidad penal y con el fortalecimiento de la certeza y la autonomía de las personas al que apuntan, pues a estos, según el diagnóstico del autor, se les subvalora.

Para que la garantía de certeza y, por ende, de fortalecimiento de la autonomía del ciudadano, recupere la primacía que, de acuerdo con Pino, no debería haber perdido, –entre otras cosas, debido a que es esa certeza lo que en términos prácticos le preocupa y sirve más a las personas–, el autor recurre a destacar lo que afirma no ser solo una superposición, sino una conexión (y retroalimentación) profunda entre el ideal/principio de la legalidad penal y el del Rule of Law.

La conexión referida se debe a la coincidencia parcial en lo que respecta a la fundamentación axiológica de dichos ideales, pues se trata precisamente de la certeza y de la autonomía de los destinatarios en ambos casos, solo que al de la legalidad penal se agrega, según Pino, el objetivo de limitar el abuso del poder punitivo del Estado. En este sentido, el proyecto del autor, como él mismo lo describe, es uno de reconfiguración de la legalidad penal de conformidad con las exigencias del Rule of Law. De acuerdo con esa reconfiguración, tenemos entonces las siguientes especificaciones (Pino, 2024, 138-147):

Con respecto a la formulación de disposiciones penales, se necesita el empleo de un lenguaje común y en buena medida, ordinario. Esto no excluye la posibilidad de que se usen tecnicismos, sobre todo cuando la propia naturaleza de lo regulado lo requiera. En cualquier caso, la idea es no volver al contenido de las normas penales sustantivas un asunto esotérico o misterioso, cuya decodificación esté reservada exclusivamente a los juristas. También se requiere facilitar al ciudadano la ubicación de las normas penales de modo estable, por ejemplo, unificando la regulación relativa a los delitos y a sus respectivas penas en un solo código. Por último, que las decisiones de criminalización estén basadas en el claro disvalor de las conductas de que se trate. Nótese cómo esta constituye una exigencia más de contenido que de forma, lo cual no es usual cuando, en términos generales, se habla de Rule of Law (al menos en sus versiones formales o procesales)⁸.

Con respecto a la interpretación de disposiciones penales, Pino refrenda su idea de que el intérprete debe procurar adherirse al significado literal de las palabras empleadas por el legislador, pues ese es el significado que razonablemente puede suponerse que el destinatario les dará al planificar su vida con el propósito de evitar incurrir en conductas penalmente prohibidas. De manera más específica, el autor agrega que el intérprete debería evitar interpretaciones y argumentaciones con un alto grado de sofisticación o tecnicismo jurídico, tales como las interpretaciones sistemática, evolutiva y teleológica.

⁸ Téngase presente este requisito de contenido referido al claro disvalor que deben tener las conductas que se decide criminalizar, pues será retomado en sentido crítico de modo importante en el último comentario (el comentario 4) que haré al trabajo de Pino.

Y con respecto a lo que denomina el papel de la jurisprudencia, Pino sostiene que la magistratura debería exhibir una tendencia de estabilidad y uniformidad en sus interpretaciones de la ley. Y esto incluso cuando, por ejemplo, una corte constitucional detecte una violación a la legalidad penal por parte del legislador, en cuyo caso, en vez de aventurarse a corregir o mejorar la ley, debería ceñirse a dictar una sentencia de aceptación.

2. Los comentarios

I

El primero de ellos se relaciona con la tesis de Pino de que hay un vínculo fuerte entre la legalidad y los mecanismos para su control, los cuales, observa también el autor, son típicamente jurisdiccionales. Si tomamos a estos últimos como el paradigma, la tesis es entonces que hay un nexo esencial entre la legalidad y la labor judicial y, más específicamente, entre la legalidad y la fase interpretativa de dicha labor. Si esto es así, como el propio Pino apunta, el sometimiento de la conducta humana a la ley que la legalidad exige es, en últimas, un sometimiento a lo que los jueces sostienen que la ley prescribe.

Pues bien, pienso que poner esta liga en el centro del debate en torno al ideal/principio de legalidad es, sin duda, muy iluminador. Y más cuando lo hace alguien como Pino, un especialista en cuestiones interpretativas. Su agudo análisis pone de relieve los espacios –unas veces amplios y otras más estrechos, pero siempre disponibles–, para la creatividad interpretativa⁹, las diversas modalidades o intensidades que esta puede adoptar, así como la forma en que puede ser canalizada con miras a ser consistente con la legalidad.

Sin embargo, me parece que se debe proceder con cautela cuando con justa razón se enfatizan los vínculos anteriores pues, de lo contrario, se corre el riesgo de transmitir una imagen, errónea en mi opinión, del modo en que normalmente operan los sistemas jurídicos, y del propio ideal de la legalidad (o sea, una imagen errónea tanto a nivel descriptivo, como a nivel prescriptivo).

De conformidad con esta imagen distorsionada, cada oportunidad que se abre para los ciudadanos de cumplir con alguna norma jurídica genera conflicto; un conflicto que, además, las partes involucradas nunca pueden (ni quieren) resolver por sí mismas. Esto acarrea la necesaria intervención de un juez en todos los casos, al efecto de realizar un control de legalidad, es decir, de determinar de modo oficial si ha habido o no una desviación del ordenamiento y de aplicar las consecuencias respectivas.

⁹ Creatividad a la que, como hemos dicho antes, Pino entiende como un ejercicio de poder de parte de los jueces.

Pero, como antes dije y concediendo que, en efecto, los niveles de litigiosidad pueden llegar a ser muy elevados en algún momento y con respecto a cierta materia o tipo de casos, las cosas no suelen funcionar del todo como esa imagen nos transmite.

Creo que al acento que pone Pino en la relación entre legalidad e interpretación judicial le ocurre algo semejante a la preocupación central de la corriente ius-filosófica del realismo jurídico, de lo cual Schauer (2013, 137-158) da cuenta. A la referida corriente le preocupa que el derecho en realidad no guíe nunca la conducta humana. Y ello debido a que parece que siempre pueden hallarse en el sistema razones jurídicas que justifican tanto darle la razón al actor, como dársela al demandado. Como es sabido, Schauer responde a este desafío aceptando que ciertamente hay casos en que se materializa la preocupación del realismo; no obstante, debido a lo que llama el efecto de selección, eso no ocurre con una frecuencia que justifique predicar del derecho una indeterminación permanente o generalizada. En todo caso, el fenómeno parece manifestarse preponderantemente en los asuntos, de suyo controvertidos y de gran repercusión social, que son de la competencia de los tribunales supremos y/o constitucionales; asuntos que, al menos en lo que se refiere a la Corte Suprema de los Estados Unidos, constituyen una fracción mínima de los que han sido resueltos en apelación.

A lo anterior hay que agregar, como también hace notar Schauer, que no todos los asuntos de los que conoce la primera instancia son apelados y, de forma sumamente relevante para la observación que estoy intentando dejar apuntada, que no toda oportunidad de cumplimiento de una norma acarrea una disputa, ni toda disputa sobre cuestiones jurídicas que tiene lugar entre los miembros de la sociedad es llevada a las cortes. Lo usual es que se judicialicen los así denominados “casos difíciles”, caracterizados, según este autor, por ubicarse en la famosa zona de penumbra de alguna noción vaga empleada por la ley, y por la convicción de las partes (y/o de sus abogados) de que cada una cuenta con argumentos plausibles en los que podría basarse un fallo favorable a sus intereses.

Así que, en suma, la indeterminación y, por ende, la inaptitud del derecho para guiar la conducta destacada por el realismo jurídico es, sin duda, una cuestión de sumo interés ius-filosófico y de importantes repercusiones prácticas. Sin embargo, su exageración puede conducir a una preocupación infundada o que, en el mejor de los casos, debería matizarse, como quizá es conveniente que también Pino haga con su postura acerca de la relación inevitable entre la legalidad y la fase interpretativa de la labor de los jueces, al menos de forma más contundente.

Ahora bien, líneas atrás sostuve que el énfasis desmedido en el binomio legalidad - interpretación judicial tiene el peligro de transmitir una imagen distorsionada de la práctica jurídica, pero también del ideal mismo de legalidad. Y es que, si en efecto normalmente no es el caso que la totalidad de los conflictos entre ciudadanos se judicializan, todavía podría sostenerse que las cosas no debieran ser así, apelando para ello (erróneamente, según pienso) al ideal en comento, es decir, alegando que la legalidad exige la judicialización plena de la conflictividad jurídico-social.

No obstante, sostengo que ese escenario tampoco es deseable, no solo por la consideración pragmática de que desbordaría las capacidades de virtualmente cualquier judicatura, sino fundamentalmente porque sería inconsistente con el razonamiento que se suele seguir para concluir que la legalidad es valiosa, al que el propio Pino apela.

Ese razonamiento parte de dar por sentados algunos rasgos de los receptores de la experiencia de vida y del orden social que respectivamente el derecho debería brindar y alcanzar de modo distintivo. El rasgo principal tenido en cuenta es el de la autonomía de las personas, y el argumento es que la valía de la legalidad radica importantemente en su efecto fortalecedor de aquella. Veámoslo con más detenimiento:

Uno de los aspectos de la autonomía, quizá el aspecto por excelencia, tiene que ver con la capacidad de actuar conforme a las razones que uno mismo se dé, es decir, libre de interferencias externas que nos impongan los cursos de acción que otros consideren adecuados con base en su visión de las cosas. La existencia del derecho claramente entra en tensión con este aspecto de la autonomía humana. Pero entonces ¿cómo es que la sujeción de la conducta a la ley promueve o apuntala nuestra autonomía, lo cual torna valiosa esa sujeción, si hemos dicho que entra en tensión con ella?

La clave está en que hemos dicho que la tensión se genera con uno de los aspectos de la autonomía, lo cual abre la puerta a que quizá no se genere con otro(s) o a que contribuyendo al fortalecimiento de otro(s) tenga lugar una suerte de compensación razonable. La última ruta es por la que suele discurrir la argumentación. En este sentido se sostiene que, en la medida en que el derecho comunique sus requerimientos y la forma en que la autoridad reaccionará si se incumplen mediante reglas generales hechas previamente del conocimiento de sus destinatarios, estos, al poder prever mejor en estas condiciones lo que otros harán, es decir, al contar con un entorno más calculable o manejable, podrán concebir y ejecutar planes de vida mejor adaptados a sus circunstancias y, por tanto, seguir teniendo, en algún sentido al menos, el control sobre su propio destino. En síntesis, con la sujeción a la ley (pública,

general, clara, estable y no retroactiva) se pierde en un rubro de la autonomía: el de la libertad de interferencias externas; pero simultáneamente se gana en otro: el de la previsibilidad y mejor adaptación de los planes de vida que podemos concebir.

Nótese entonces cómo, para preservar un margen de autonomía en el que, pese a la interferencia externa que un sistema jurídico representa, de algún modo continuemos siendo artífices de nuestro destino, persiguiendo la concepción de vida buena que consideremos adecuada, moldeando nuestra vida con las decisiones que tomamos, y proyectando con ello el tipo de persona que deseamos que la sociedad perciba que somos, tiene sentido que el derecho se manifieste en nuestras vidas adoptando ciertas formas mínimas, a saber: limitando la esfera de acción de las autoridades de modo que su interacción con nosotros consista mayoritariamente en la aplicación de reglas generales a situaciones particulares (gobierno *sub lege*), y comunicando, –claramente, sin efectos retroactivos y a través de mensajes razonablemente estables o duraderos–, la manera en que dichas autoridades reaccionarán si incurrimos en determinados supuestos. Lo anterior principalmente mediante reglas generales publicadas con anticipación para que puedan consultarse libremente y cuando cada quien juzgue oportuno, sin que sean necesarios actos constantes de notificación personal o requerimientos de nuestra presencia en algún lugar para recibir indicaciones cara a cara cada vez que la autoridad quiera modificar su catálogo de formas de reaccionar y de supuestos detonantes de dichas reacciones (gobierno *per leges*).

Nótese también que, por su parte, el gobierno de reglas (en oposición al gobierno de hombres) al que la conducta humana queda sujeta cuando el derecho asume las formas mínimas reseñadas previamente (o, para usar el vocabulario de Pino, cuando se cumple aceptablemente con los corolarios de la legalidad), descansa crucialmente sobre otros rasgos o capacidades más básicas de sus destinatarios, mismas que pueden verse como el combustible que echa a andar los engranes de dicho gobierno.

Entre ellas está su capacidad de entender los contenidos de las reglas respectivas, lo que supone que comparten el lenguaje de la autoridad normativa. Está también su capacidad de retener esa información en su memoria como potencial razón (jurídica) para actuar, y de actualizarla o traerla a primer plano una vez que han detectado que se encuentran en circunstancias que instancian el supuesto de la regla de que se trate. Y, finalmente (solo para efectos de este breve recuento), tenemos su capacidad de ajustar su conducta con miras a que coincida con la solución normativa que la regla contempla para la clase de situación en que han juzgado que se hallan. Al conjunto de estas capacidades, autores como Waldron (2011, 6-10) y Lucy (2017, 35-45) se refieren

de modo sintético con la expresión “capacidad o poder de autoaplicación” de reglas, que en suma consiste en la capacidad del destinatario de ejercer una suerte de autocontrol de la legalidad de su comportamiento, sin tener que esperar a la intervención coercitiva del Estado.

Tan importante es esta compleja capacidad, junto al presupuesto de que será constantemente desplegada por los ciudadanos, que, como señala Waldron (2011, 6-10), lo que se espera y suele pasar, incluso luego de que judicializado un asunto se haya emitido el fallo respectivo es, por ejemplo, en un caso de daños, que la parte condenada a pagar cierto monto lo haga de propia voluntad; como de propia voluntad también se espera que se presente en la prisión indicada quien en materia penal ha sido sentenciado a purgar ahí su condena.

Por supuesto esto no niega el carácter coercitivo del derecho, pero nos permite poner bajo los reflectores lo que parece ser su punto de partida, que no es otro que suponer que las personas, por nuestra propia iniciativa, autoaplicaremos las normas jurídicas relevantes a nuestras circunstancias, –que no son reglas, sino normas individualizadas en los ejemplos anteriores–, incluso si nos son desfavorables.

Pues bien, si esto es así, a la aseveración de Pino de que la realización o el debilitamiento del ideal de la legalidad dependen del desempeño tanto de legisladores y jueces, –del desempeño regulativo de los primeros e interpretativo de los segundos–, debemos agregar la contribución del ciudadano a la ecuación. Dicho aporte es, de hecho, el componente vital del gobierno de reglas, que es precisamente la capacidad de los destinatarios de autoaplicarlas, de ejercer un autocontrol de la legalidad de su conducta. Esto excluye que dicho ideal exija la intervención (eventualmente coercitiva) del juez en la totalidad, tanto de oportunidades que el ciudadano tiene de cumplir con las reglas, como de conflictos suscitados por ellas.

II

Mi segundo comentario tiene que ver con el carácter instrumental o no intrínseco del valor que Pino predica de la legalidad. Según esta postura, el valor del ideal en comento no es intrínseco porque es compatible con graves injusticias, es decir, con políticas inicuas, perversas o en algún sentido malévolas. Dicho de otro modo, la posible inmoralidad del derecho no desaparece automáticamente sólo porque sus normas exhiban niveles aceptables de satisfacción de los corolarios o requisitos formales asociados a la legalidad (publicidad, claridad, estabilidad, irretroactividad, etc.).

En este punto, Pino parece estar haciendo eco de la crítica que Hart (1963, 255-256; 1965, 1285-1287) hizo a Fuller por haber sostenido que los corolarios de la legalidad constituyen una suerte de “moralidad interna” del derecho. Y la crítica es precisamente que, dado que la satisfacción de las exigencias de la legalidad es compatible con graves injusticias, no tiene sentido calificarlas de “morales”. Parece que lo que pasa con Fuller, sostiene Hart, es que está confundiendo la moralidad con la eficacia. Conviene distinguir estas nociones, continúa el razonamiento, pues, de lo contrario, tendríamos que aceptar que también tienen carácter moral las pautas de conducta, consejos o heurísticas que a un envenenador le han permitido dominar con maestría su oscura profesión, o que está moralmente justificado privar de la vida a las personas por el hecho de usar para ello métodos sumamente eficaces de envenenamiento, lo cual es absurdo.

En mi opinión, hay varios problemas con la línea de argumentación de Hart al criticar a Fuller (Aguilera, 2017, 77-82). La mala analogía entre el oficio de un envenenador y el del legislador es uno de ellos. Lo inadecuado de la analogía radica en el compromiso con un fin inmoral que razonablemente puede predicarse del envenenador, que no es otro que el de privar de la vida a sus víctimas precisamente mediante su envenenamiento. De hecho, su compromiso con ese fin es por lo que llamamos al envenenador “envenenador”. Salvo que se quiera sostener que hay una liga conceptual, definitoria, entre el oficio de legislar y la persecución de objetivos o fines inmorales, legislar no es un oficio semejante a envenenar, a ningún nivel relevante de abstracción, lo cual, por supuesto, no excluye la posibilidad de que se promulguen leyes inmorales, perversas, inicuas, etc. Pero esta cuestión es empírica, contingente, no conceptual.

De hecho, puede sostenerse que hay un compromiso (conceptual) con un fin moral, inserto en la propia noción de “legislador”. Para fundamentar esta afirmación lidiaré primero con la adecuada observación de que la justificación moral del derecho no es una batalla que se libra principalmente en el campo de la satisfacción de los corolarios de la legalidad, sino en la arena del contenido de sus normas.

El punto es que, pese a que Fuller en efecto defendió la idea de que la satisfacción de dichos corolarios tiende a frenar, o de menos a complicar la persecución plena o franca de políticas abominables, este autor no sostuvo que, por ceñirse a las exigencias de la legalidad el derecho esté moralmente justificado, o que en ello se funde una obligación moral de obedecerlo. Lo que entre otras cosas sostuvo es que alcanzado un nivel aceptable en el cumplimiento de los requisitos de la legalidad, es razonable para la ciudadanía retribuir al legislador con un mínimo de fidelidad, es decir, con una disposición

a cooperar en la empresa colectiva de sujetar la conducta humana (incluyendo la de las autoridades) al gobierno de reglas; a cooperar en términos de al menos obedecerlas (sin necesariamente aceptarlas), o sea, de acatar el ordenamiento por prudencia a modo de evitar experiencias desagradables como la imposición de sanciones o castigos¹⁰.

¿Por qué es razonable retribuir al sistema con ese mínimo de fidelidad? Por el tributo también mínimo que a la autonomía de las personas se hace, de entrada, con la mera decisión del poder político de canalizar sus requerimientos a la ciudadanía mayoritariamente mediante reglas generales y abstractas (por supuesto, públicas, claras, posibles de cumplir y no retroactivas); y no mediante interpelaciones directas, constantes e invasivas a las que, con el propósito de indicarnos cómo actuar en cada momento, podría recurrir el derecho. Y es que, como vimos en el comentario previo, el gobierno de reglas descansa sobre el presupuesto de que sus destinatarios poseen y desplegarán la capacidad de autoaplicar dichas reglas a sus circunstancias, en cada ocasión en que por sí mismos detecten que se abre la oportunidad de cumplirlas, sin necesidad de ser monitoreados permanentemente, ni de esperar a la intervención posiblemente coactiva del Estado. Este presupuesto del gobierno de reglas convive con otro muy importante y quizá más básico, a saber, que la esencia de las personas no radica en ser destinatarias de las reglas del derecho, sino en estar entregadas a su proyecto de vida, razón por la cual, si han de tolerar interferencias o intromisiones externas que adopten la modalidad no solo de orientaciones, sino incluso de prescripciones sobre cómo actuar, estas deben mantenerse aceptablemente reducidas o de algún modo atenuadas.

En suma, dado que su labor esencialmente consiste en elaborar y promulgar leyes, dado que, a su vez, estas están conformadas por reglas generales, y dado que la sola decisión de canalizar de ese modo exigencias o requerimientos conductuales implica brindar un trato mínimamente digno a las personas pues procura que estas mantengan un margen considerable para ejercer su autonomía entregándose a su proyecto de vida, o al menos prediciendo con buenas probabilidades de éxito la reacción que ante ciertos comportamientos o circunstancias tendrán las autoridades para así organizar sus asuntos sabiendo a qué se atienen, puede sostenerse que el legislador es un participante clave de un proyecto con fines morales. Esto en efecto no alcanza para justificar moralmente al derecho en cuanto a su contenido, el cual seguirá siendo objeto de reproche si no se ajusta a las pautas de la moral (social o crítica). Pero, en mi opinión, no por ello la legalidad y sus exigencias (y la propia labor legislativa) dejan de tener un intrínseco valor moral, incluso aunque se le considere demasiado débil y hasta residual.

¹⁰ Al estilo del “hombre malo” al que se refiere Holmes (2012).

Y claro, ese valor moral intrínseco, aunque frágil, de la legalidad puede verse aún más debilitado de manera proporcional a la magnitud de lo inicuo de las políticas que pudieran ser implementadas mediante leyes que, no obstante, satisfacen aceptablemente los corolarios del ideal en comento. Pero pese al grado incipiente al que puede verse sobajado ese valor, permanece firme como un resquicio por el que se cuelga al menos una pequeña dosis de trato digno al destinatario de las reglas.

Hacia lo anterior va dirigida la argumentación de Kristen Rundle (2009), quien para fortalecer su punto trae a cuento las opiniones de algunas personas que vivieron en lo que ella llama la primera fase del programa jurídico de persecución de los judíos diseñado por los Nazis, el cual abarcó el periodo entre 1933 y 1939, y se caracterizó por la promulgación de un conjunto de leyes y decretos, en efecto, de contenido discriminatorio, que, no obstante, cumplían aceptablemente con los corolarios de la legalidad.

Uno de esos testimonios es el de Víctor Klemperer (Rundle, 2009, 92), quien en vísperas de la promulgación de la Ley para la Restauración de la Administración Pública escribió en su diario lo siguiente: "... la presión bajo la que me encuentro es mayor que la de la guerra... Durante la guerra estaba sujeto a las estrictas leyes militares, *pero al menos estaba sujeto a leyes. Ahora estoy a merced del poder arbitrario ...*" (énfasis añadido). Una vez promulgada la Ley en comento, Klemperer registró en su diario el siguiente comentario: "... la nueva "ley" de la Administración Pública me reconoce como un veterano de guerra, al menos por el momento ..." (Ídem). Tener el estatus de veterano se traducía en recibir un trato un poco más benévolo que el que se daba al resto.

Otro punto de vista que Rundle (2009, 93-98) nos invita a considerar es el del burócrata alemán Bernhard Loesener, quien refiriéndose a las Leyes de Nuremberg afirmaba que "... estas leyes *no siempre fueron vistas exclusivamente como persecutorias*. Muchas personas que de ningún modo habían apoyado al régimen Nazi *e incluso los afectados por este*, las tomaron *con cierta sensación de alivio*, ya que prometían ponerle fin al estado de caos jurídico reinante. *Al menos ahora uno sabía qué terreno pisaba...* Después de todo ahí tenemos una Ley firmada por el propio Hitler. *Tan vil como era al menos proveía de algo a qué aferrarse, de un fundamento sólido para el futuro. Esta era la visión predominante ...*" (énfasis añadido).

Curiosamente Pino parece reconocer de forma tácita el valor, en efecto, mínimo pero intrínseco de la legalidad, aunque explícitamente haya sostenido que ese valor es sólo instrumental. En mi opinión, esto puede inferirse de su distinción entre los puntos de vista práctico y crítico que con respecto a los preceptos penales podrían adoptar los ciudadanos (Pino, 2024, 131-138).

El primero implica poner el acento en los rasgos de la ley penal (generalidad, claridad, publicidad, posibilidad de cumplimiento, estabilidad e irretroactividad) que propician que esta brinde (mayor) certeza tanto respecto de las conductas que cobran relevancia penal como de la reacción de las autoridades a la que dará lugar su comisión. El segundo, por su parte, implica prestar atención, más bien, a la calidad del procedimiento legislativo previo a la decisión de criminalizar ciertos comportamientos.

La cuestión crucial es que Pino concluye que el punto de vista práctico tiene primacía sobre el crítico. Dicho de otra manera, la prioridad del ciudadano es saber por anticipado a qué se expone, el castigo que recibirá, si se comporta de qué modo. Y esto incluso si en el parlamento las leyes penales son el resultado de un siniestro abuso de poder por parte de la mayoría sobre la oposición, en ausencia de todo tipo de debate serio y público, y si estas son moralmente abominables. ¿Por qué? Porque al menos teniendo claro lo anterior el ciudadano puede organizar su vida, ejercer su autonomía (que puede ser muy poca en función de la magnitud de la opresión e injusticia del tipo penal respectivo), con la confianza de que no le será impuesta pena alguna si elude incurrir en las conductas que el legislador ha decidido criminalizar, aunque esa decisión carezca de todo fundamento moral.

Y es que, como Pino (2024, 137-138) comenta: “... A menudo el ciudadano no tiene la mínima idea acerca de la calidad democrática del debate que ha llevado a la aprobación de una cierta ley penal y, de todos modos –se puede hipotetizar– no es esto lo que les interesa cuando deben decidir cómo comportarse...” El remate de la cita es muy interesante, pues el autor nos dice: “... al final de cuentas, el código penal actualmente vigente en Italia fue adoptado bajo el régimen fascista.” (énfasis añadido).

III

Hacia el final del preámbulo a estos comentarios vimos que, como estrategia para lograr que los subprincipios de la legalidad penal asociados a la certeza¹¹ –y, por tanto, al fortalecimiento de la autonomía del ciudadano–, recobren la medida de importancia que merecen (ya que Pino considera que han sido inadecuadamente subvalorados), el autor recurre al ideal del Rule of Law a efecto de recalibrar las exigencias de la legalidad penal.

Esto lo hace en virtud de la coincidencia parcial de ambos ideales en lo que atañe a su fundamentación axiológica. Dicha coincidencia no es otra que precisamente la certeza que el ciudadano puede tener acerca de la manera en

¹¹ Principios tales como el de generalidad y abstracción, el de la irretroactividad, el de la determinación de los supuestos de hecho, y el de taxatividad o prohibición de analogía.

que reaccionarán las autoridades en determinados supuestos, siempre que se entere de ello mediante reglas generales, publicadas con anticipación, claras, de cumplimiento posible, estables y no retroactivas.

Se trata de una coincidencia parcial de fundamentación toda vez que, según Pino, además de estar fundada en la certeza, la legalidad penal está basada en el valor de limitar el uso abusivo o arbitrario del poder punitivo del Estado (no así el Rule of Law). Es en este valor adicional en el que, por su parte, se basa o se inspira el subprincipio de la legalidad penal conocido como la reserva de ley, al que Pino también se refiere como la garantía democrática; garantía que, recordemos, el autor considera sobrevalorada (por las razones apuntadas también en el preámbulo).

Pues bien, tengo la impresión de que esta estrategia es un tanto artificial. En mi opinión, no estamos ante dos ideales distintos, aunque íntimamente relacionados. El ideal es el mismo, sólo que con nombres diferentes: legalidad y Rule of Law (se trata pues de un solo concepto, el sometimiento de la conducta al gobierno de reglas, aludido mediante expresiones o términos diferentes).

En refuerzo de mi afirmación, tómese en cuenta que en el propio mundo anglosajón a los principios del Rule of Law, que Fuller consideró constitutivos de la “moralidad interna del derecho” (un nombre más para la misma idea), se les denomina también “principios de (la) legalidad” (Waldron, 2008)¹².

Por otro lado, si efectivamente hablamos de lo mismo, no parece haber buenas razones para pensar que cuando es proyectado a la materia penal, el Rule of Law, o sea, la legalidad, deja de servir para contener los posibles abusos en el ejercicio del poder público, y que su valor radica sólo en la certeza para el ciudadano que resulta de la observancia de sus principios o corolarios. Y es que, como se vio en el preámbulo, para Pino, esa finalidad, función o valor también forma parte de la fundamentación axiológica de la legalidad (es decir, del Rule of Law, si concedemos que son sinónimos). Cuánto más no será relevante esa función de contención si en el panorama tenemos la reacción más violenta que el Estado puede (legalmente) tener frente a sus ciudadanos: el poder punitivo, en cuyo ejercicio este se juega buena parte de su legitimidad¹³.

En suma, creo que el mensaje de Pino en el Capítulo II de su obra pudo enviarse sin la confusión que, a mi modo de ver, genera su estrategia, es decir,

¹² Recordemos que, en lugar de “principios de la legalidad”, Pino emplea la expresión “corolarios de la legalidad”.

¹³ Y claro, en su análisis general de la legalidad Pino no alude explícitamente al poder punitivo de manera explícita, y no lo hace precisamente por el nivel de abstracción del que está revestida su reflexión en ese momento. De modo que, sin mayor problema, en esa reflexión abstracta puede considerarse implícita la referencia al poder punitivo y al impacto limitante que sobre él ejerce la legalidad proyectada al ámbito penal (o sea, la legalidad penal).

sin necesidad de considerar distintos a los ideales del Rule of Law y de la legalidad (general y penal en particular), ni de reducir o restringir a la certeza el fundamento axiológico del primero. Dicho mensaje consta de dos elementos, un diagnóstico y una propuesta.

El diagnóstico es que, al menos en Italia, el subprincipio de la reserva de ley (o sea, la garantía democrática) está en crisis. Y ello debido a que buena parte de las decisiones de criminalización provienen “de fuera” del ámbito parlamentario local, o bien, del gobierno mismo, lo cual es poco probable que sea frenado o matizado debido a la dinámica de super mayorías que se ha implementado en el órgano legislativo y a la baja calidad o de plano ausencia del debate respectivo con la oposición.

Por su parte, la propuesta, –que en alguna medida asume un enfoque pesimista, aunque fundado (si es que las cosas son realmente como Pino las describe)–, consiste en centrarse entonces en el fortalecimiento de los subprincipios de la legalidad penal (o del Rule of Law proyectado a esta materia) más claramente asociados a la certeza, mediante un mayor refinamiento o especificación de los mismos. Cumplir con esos subprincipios parece ser el requisito mínimo al que podemos sujetar a esas super mayorías en su afán de imponer, más que de consensar, decisiones de criminalización; requisito que, además, no parece tan gravoso de cumplir para dichos actores políticos si se compara con exigirles que renuncien a las dinámicas interna y externa de las que Pino da cuenta.

IV

Iniciaré este último comentario aventurándome a especular cuál podría ser la razón por la que, como vimos en el apartado previo, Pino considera dos ideales distintos, aunque íntimamente emparentados, al Rule of Law y a la legalidad, tanto en general, como específicamente proyectados al ámbito penal.

En mi opinión, probablemente esa razón tenga que ver con el compromiso de Pino con versiones “formales” o “procesales” del Rule of Law (en oposición a variantes más “sustantivas”). La visión tradicional es que estas versiones se limitan a especificar los rasgos de las normas que mayoritariamente deberían conformar un sistema jurídico. Como sabemos, esas normas deberían adoptar la modalidad de reglas generales y abstractas, así como ser públicas, aceptablemente claras, estables y no retroactivas.

O sea que las versiones formales del Rule of Law, en principio, se mantienen neutrales o silentes con respecto tanto al procedimiento que se siga para la formación y articulación de las respectivas reglas, como respecto de su contenido sustantivo o material. No porque pueda ser cualquiera el

procedimiento y cualquiera el contenido, sino en buena medida porque las exigencias que conciernen a estos aspectos provienen ya de otros ideales o principios en algún sentido independientes, tales como el de la democracia deliberativa y las pautas o principios propios de la justicia, y más genéricamente, de la moral¹⁴.

Si esto es así, la legalidad penal claramente queda fuera de los linderos de una noción formal de Rule of Law, ya que, recordemos, al menos del modo en que Pino reconstruye los subprincipios respectivos, esta incluye la garantía democrática o el subprincipio de la reserva de ley. Dicho de otro modo, la legalidad penal contiene exigencias directamente relacionadas con las características que debe tener el procedimiento que ha de seguirse para la formación, articulación y promulgación de las famosas reglas generales a las que queremos sujetar ciertas relaciones sociales. En corto, ese procedimiento debe ser democrático y deliberativo. Y precisamente por la presencia de este componente, Pino podría haber pensado, ya no hablamos de lo mismo.

Lo curioso es que, como vimos en el preámbulo a estos comentarios, al modelar la legalidad penal de conformidad con las exigencias “formales” del Rule of Law, además de referirse a los caminos por los que debería transitar la formulación de los preceptos penales, Pino nos ofrece también algunas pautas interpretativas fundamentales para el caso de los jueces. Y volviendo a las características que deberían tener las leyes en esta materia, el autor de hecho incluye un aspecto crucial relativo a su contenido. El requerimiento en concreto es que las conductas que el legislador decida criminalizar deben tener un claro o ampliamente aceptado disvalor social.

Al proceder de este modo, Pino no parece estar respetando un compromiso con las variantes formales del Rule of Law, al menos no con las más tradicionales; y, de paso, creo que también se encuentra él mismo diluyendo su argumentación y su propósito de que las garantías de la certeza asociadas a la legalidad penal sean valoradas en su justa medida, pues el requerimiento de que con respecto al disvalor de las conductas criminalizadas exista un amplio consenso parece colocar nuevamente en primer plano el papel de la garantía democrática, justamente como medio (perfectible, por supuesto) para procurar que aquel sea alcanzado.

Por otra parte, el propio Pino (2024, 124, nota al pie 185) hace alusión explícita a ciertas versiones del Rule of Law que, pese a inscribirse igualmente en el campo de las variantes formales, no obstante, contienen exigencias que rebasan los rasgos que deberían tener las leyes, tales como la propuesta por

¹⁴ Lo que se busca entonces al preservar el carácter formal de la noción del Rule of Law es que no se convierta en una suerte de cajón de sastre en el que quepan las exigencias normativas de cuanto principio, ideal o criterio para evaluar un sistema jurídico exista.

Waldron (2010). Al igual que termina haciendo Pino, Waldron dirige su atención al contexto de la adjudicación, sólo que, en lugar de centrarse en cuestiones interpretativas, el autor alude más bien a la necesidad de que los procesos judiciales incluyan ese episodio común e incluso automáticamente asociado al mundo jurídico en el que las partes, de modo ordenado y siendo dirigidas por la figura del juez, ofrecen su propio punto de vista sobre la disputa en cuestión y se defienden de las alegaciones de su contraria, aportando para ello los argumentos y pruebas que consideren pertinentes. Me refiero, claro, al mecanismo de las audiencias (siendo la reservada para la práctica de las pruebas quizá una de las más relevantes).

Con base en todo lo anterior, me parece haber mostrado que la división que hace Pino entre el Rule of Law y la legalidad (general y penal), no se sostiene¹⁵. En todo caso, yo las consideraré expresiones sinónimas¹⁶. Por otro lado, lo argumentado previamente me ha servido para mostrar también que, incluso en el campo de las versiones formales del Rule of Law, se han ofrecido propuestas que van más allá de especificar los rasgos que las leyes penales o de cualquier otra rama sustantiva del derecho deben tener (claridad, generalidad, publicidad, estabilidad, etc.).

Al respecto pienso que, en la medida en que las versiones respectivas se abstengan de referirse al contenido de los preceptos penales sustantivos, se les puede seguir llamando formales. Esto abre la puerta para seguir considerando formal una reflexión acerca del Rule of Law que especifique, al menos en parte, el contenido (y no sólo los rasgos formales) de las conocidas como “reglas secundarias” de cambio y de adjudicación, es decir, algunos de los rasgos estructurales de los procedimientos de creación y de aplicación de las normas jurídicas.

Las de Pino y Waldron son propuestas que comparten tanto el ser formales en el sentido anteriormente expuesto¹⁷, como el poner el acento en la adjudicación. Pino en cuestiones interpretativas y Waldron en la importancia de proceder mediante audiencias en que a las partes se les reconozca un derecho de alegar y de aportar pruebas, así como un derecho a que la resolución de su disputa muestre haberse hecho cargo de su argumentación.

¹⁵ O al menos que ello requiere de una argumentación más sólida.

¹⁶ Hacia lo cual también apunté en el comentario 3.

¹⁷ Salvo por el requerimiento de que las conductas criminalizadas deban tener un claro disvalor social, en el caso de Pino; requerimiento al que el propio autor parece no darle suma importancia, al menos en vista de que aparece mencionado casi de pasada, lo cual contrasta con el énfasis que hace Pino en las cuestiones interpretativas derivadas, en su opinión, del Rule of Law.

Pero también comparten el no haber atendido con la profundidad debida la tendencia veritativo-promotora o a maximizar el hallazgo de la verdad acerca de lo que las partes alegan que ocurrió, que deberían tener los procesos judiciales. Esta cuestión es tan básica que quizá por eso suele pasar desapercibida (dándose por supuesta) o, en el mejor de los casos, ser poco desarrollada. Y esto no sólo en el terreno de las discusiones sobre el Rule of Law, sino también en el derecho procesal¹⁸ y en la teoría y la filosofía del derecho¹⁹ (con excepción de la denominada “concepción racionalista de la prueba”, o “racionalismo probatorio”, como aquí le llamaré también y seguiré aludiendo más adelante²⁰).

Sin embargo, si de lo que hablamos al hablar del Rule of Law es del sometimiento de la conducta humana (incluida la de las autoridades) al gobierno de reglas generales, no podemos ser indiferentes a lo que la aplicación correcta de aquellas presupone, que, entre otras cosas, consiste importantemente en determinar, con la mayor precisión posible, que han tenido lugar hechos particulares que instancian los supuestos o casos genéricos contemplados en las reglas relevantes.

Difícilmente podría afirmarse que en un determinado lugar gobiernan las reglas previamente establecidas (y no la voluntad caprichosa de ciertas personas concretas), si las consecuencias jurídicas que aquellas establecen, mayoritariamente se imponen aunque sea falso el enunciado que describe la ocurrencia de hechos particulares que instancian los supuestos de las reglas relevantes; y de igual modo si mayoritariamente dejan de imponerse aun si es verdadero el enunciado que alude a la ocurrencia de los hechos que deberían detonar la imposición de las consecuencias de que se trate. Cabe hacer notar que la dificultad de la afirmación en comento permanece aún si las reglas que en su mayoría sean erróneamente aplicadas hayan sido publicadas con una antelación razonable, y se trate de reglas claras, estables y no válidas para casos anteriores a su promulgación y entrada en vigencia²¹.

¹⁸ Cuya dogmática suele limitarse a la descripción de las reglas de procedimiento. En efecto, también suelen haber críticas de parte de los autores, más estas raras veces tienen que ver con la inadecuado que la regulación procesal respectiva puede ser para efectos de la averiguación frecuente de lo que realmente aconteció.

¹⁹ Tradicionalmente centrada en la especificación de los vínculos del derecho con la moral, como lo muestra la intrincada discusión entre iuspositivistas y iusnaturalistas.

²⁰ Para una excelente introducción a las tesis principales defendidas por esta concepción, tanto en la tradición del civil law como en la del common law, véase (Accatino, 2019).

²¹ E incluso si el contenido de esas reglas mal aplicadas cumple con las exigencias de los principios de justicia y, en general, con los principios morales relevantes. Incluso también si estas han sido interpretadas del modo en que Pino sugiere hacer para mantener consistencia con el Rule of Law, y si se ha permitido a las partes alegar lo que convenga a sus intereses y aportar prueba al respecto, como sugiere hacer Waldron.

Además, en clave de la certeza que el gobierno de reglas debería brindar al ciudadano (que se supone es la fundamentación axiológica más importante del Rule of Law), la observación previa también es válida, pues ¿qué certeza se le estaría ofreciendo a aquel si, por ejemplo, en materia penal los castigos respectivos frecuentemente fuesen aplicados a personas que no cometieron el delito que se les imputó y/o constantemente no fuesen aplicados a los acusados genuinamente culpables? En un escenario así, quienes razonablemente hubieran previsto que no se enfrentarían a la imposición de castigo alguno si evitaban incurrir en las conductas delictivas especificadas con antelación por la autoridad, verían constantemente frustrada dicha predicción. Esto atenta contra su autonomía, pues mina la confianza en los planes que previamente podrían haber elaborado tomando como seria la palabra de la autoridad de dejarlos tranquilos si se abstienen de delinquir. Por su parte, quienes quebrantan o están dispuestos a quebrantar las leyes penales en este contexto anómalo pueden confiar en que será más probable de lo normal que sean absueltos²². En conjunto lo anterior tiene el potencial de erosionar gravemente la capacidad general del derecho de motivar (indirectamente) la conducta²³.

Ahora bien, volviendo al énfasis que Pino hace en las pautas interpretativas derivadas del Rule of Law, concedo que, en efecto, estas son muy importantes en lo que respecta a la obtención o selección de la premisa mayor o normativa del silogismo que permite al juez resolver una disputa. Pero al menos igual de importantes son las pautas de razonamiento, de razonamiento probatorio en este caso, que le permiten arribar a una conclusión sobre los hechos que considera que ocurrieron; conclusión que funge como la premisa menor o fáctica de aquel silogismo. De modo que, si son al menos igual de importantes que las de orientación interpretativa, el Rule of Law debería incluir también pautas o directrices de razonamiento probatorio. Dichas pautas tienen que ver con la valoración individual y conjunta de los medios de prueba

²² Hablo de una probabilidad de ser absueltos más alta de la “normal”, pues, como es sabido, el proceso penal, al menos el inspirado en principios liberales, contiene dispositivos en teoría orientados para generar un contexto en el que sea más probable que sean absoluciones falsas los errores que pudieran cometerse. Me refiero a dispositivos tales como la presunción de inocencia, la carga de la prueba en hombros de la fiscalía y la necesidad de que las pruebas de aquella satisfagan un estándar de prueba muy elevado a efectos de derrotar la presunción aludida.

²³ Hablo de motivación “indirecta”, pues, como es sabido, el derecho no sólo recurre a la calificación deóntica de las conductas, es decir, no sólo nos dice qué está prohibido, qué es obligatorio y qué está permitido, sino que, además, suele acompañar lo anterior con amenazas de sanción y/o promesas de algún beneficio, o simplemente referirse a los supuestos que detonan dichas sanciones y/o beneficios prescindiendo de toda calificación deóntica. Esto último ocurre frecuentemente en la materia penal, cuyos preceptos establecen cosas tales como “al que prive de la vida a otro intencionalmente se le impondrá la sanción de ...”, sin ninguna prohibición explícita de la clase de conducta de que se trate.

que obran en el expediente respectivo²⁴, y deberían ser consistentes con lo que al respecto tiene que decir la racionalidad empírica general y/o la epistemología, si la mayor aproximación a la verdad es el objetivo (es decir, si se quiere que la prueba, entendida como actividad intelectual de valoración individual y conjunta de los insumos probatorios, alcance su potencial de ser el medio más idóneo, aunque también falible, para la averiguación de la verdad)²⁵.

El caso de Waldron es un tanto distinto, pues en su propuesta en efecto se hace referencia a la faceta probatoria de la adjudicación. No obstante, esa referencia todavía es muy somera, la cual se limita a mencionar el derecho a probar que debe ser reconocido a las partes de una disputa jurídica.

Pienso que, por ser un componente indispensable del Rule of Law (si se acepta la visión de este que aquí he propuesto), la reflexión sobre este derecho debería ampliarse. Dadas las restricciones de extensión de estos comentarios, no puedo explayarme al respecto. Lo que haré entonces será presentar en líneas generales la perspectiva que acerca del derecho a la prueba ofrece la concepción racionalista de la prueba o el racionalismo probatorio, por ser esta la concepción que explícitamente se orienta a maximizar el potencial de la actividad probatoria como medio idóneo de averiguación de la verdad (acerca de los hechos controvertidos en una disputa judicializada), es decir, como el instrumento más apto para determinar con la mayor precisión posible si han tenido o no lugar hechos particulares que instancian los supuestos generales relevantes para la solución de un conflicto jurídico, lo cual, como antes hemos establecido, es un aspecto crucial del gobierno de reglas²⁶.

Pues bien, de acuerdo con esta concepción (Ferrer, 2022, 66-75), el derecho a la prueba se deriva del derecho de defensa o de audiencia, y este a su vez, de la noción de debido proceso. Por su parte, el derecho a la prueba

²⁴ Para un abordaje de los criterios aplicables a la valoración individual de cada medio de prueba, véase (Vázquez y Fernández, 2022). Y para la explicación de los criterios relevantes para la valoración conjunta, véase (González Lagier, 2022). En ambos casos, los autores adoptan la perspectiva del racionalismo probatorio.

²⁵ Hablo de la mayor aproximación a la verdad y no de la verdad a secas como el objetivo prioritario (mas no exclusivo) de la actividad probatoria en el proceso judicial, pues, como afirma Ferrer (2021, 17-18), ningún conjunto de pruebas, por más amplio y fiable que este sea, puede fundamentar la certeza racional de que las conclusiones a las que se llega son verdaderas. Dichas conclusiones son siempre probabilísticas (en un sentido inductivo o lógico, no estadístico o frecuentista). Esto, por su parte, abre el espacio para que, mediante los denominados “estándares de prueba”, se especifique el grado de probabilidad que una conclusión fáctica tiene que tener con base en las pruebas aportadas a efecto de que el hecho cuya ocurrencia se afirma sea considerado probado (en el tipo de proceso, tipo de caso o momento procesal de que se trate).

²⁶ Al recurrir a la concepción racionalista o al racionalismo probatorio, no estoy suponiendo que entre sus filas no haya debates o controversias. Algunas de ellas, de hecho, son muy profundas y a la fecha continúan. Para una presentación general de dichos debates, véanse (Aguilera, 2023, apartado final, y; 2025, 20 y ss.).

comprende: (1) el derecho de las partes a ofrecer o aportar todos los medios de prueba relevantes para intentar establecer la verdad de sus pretensiones; (2) el derecho a que estos sean admitidos; (3) el derecho a que sean practicados en la audiencia respectiva; (4) el derecho a que sean valorados racionalmente por el juez, y; (5) el derecho a (junto a la obligación correlativa del juez de) que en la motivación de la resolución se muestre que el resultado de la valoración conjunta que favorece a la conclusión o hipótesis fáctica considerada probada coincide o supera el estándar probatorio aplicable, es decir, el criterio epistémico-jurídico de justificación de la decisión sobre los hechos, que previamente haya sido establecido para regir sobre el tipo de caso de que se trate.

Como puede suponerse, la consolidación de esos derechos requiere, además de su reconocimiento, que el legislador se abstenga, en la medida de lo razonable, de incorporar en el entramado procesal reglas que obstaculicen su ejercicio²⁷. Esta sería entonces una responsabilidad legislativa vinculada también al Rule of Law.

Sin embargo, es común encontrar en las regulaciones procesales de distintas materias justamente reglas de ese tipo (tanto en la tradición del civil law, como en la del common law). Así tenemos, por ejemplo, reglas que establecen que solo un determinado medio de prueba puede emplearse para la acreditación de cierto hecho (con lo cual se dejan de lado otros medios técnicamente relevantes que podrían ofrecerse); reglas que obligan al juez a centrarse sólo en los hechos controvertidos y a admitir sólo prueba que tenga que ver con ellos (cuando pudiera ser relevante para la averiguación de la verdad y la resolución justa del conflicto que se tomen en cuenta hechos respecto de los que no hay controversia, así como las pruebas que pudieran acreditarlos); reglas que establecen supuestos para la exclusión de pruebas (pese a su relevancia para el caso); reglas que predeterminan el resultado de valoración individual que el juez debe atribuir a pruebas que entran en determinadas categorías; así como reglas que para establecer el estándar probatorio aplicable recurren a frases ambiguas cuyos distintos sentidos contienen referencias a conceptos muy vagos (si es que lo hacen del todo, pues también es frecuente que el legislador calle con respecto al estándar probatorio que debería emplearse, lo cual se vuelve más evidente en el caso de decisiones

²⁷ Digo en la medida de lo razonable pues no se trata de sostener que la averiguación de la verdad sea o deba ser el único objetivo que el legislador persiga al regular el proceso judicial (aunque deba considerársele prioritario). En efecto, otras consideraciones son también muy importantes, entre ellas que el proceso debe tender a ser pronto y expedito, al uso eficiente de los recursos materiales y humanos disponibles, o que al ser recabados los medios de prueba respectivos se respeten los derechos fundamentales de las personas, lo cual cobra suma relevancia y quizá se ve más claro en la materia penal, sobre todo tratándose de la fiscalía.

previas a la sentencia definitiva que también requieren de la determinación del grado de corroboración que las pruebas reunidas hasta ese momento le transmiten a la hipótesis en cuestión). Entre ellas puede citarse la regla que establece el requisito de que el juez se halle *íntimamente convencido* de que cierta hipótesis es verdadera (la famosa “convicción íntima”), o la regla que establece un requisito que se considera equivalente que es que el juez *no tenga ninguna duda razonable* de que sea verdad la hipótesis de que se trate (si esta ha de tenerse por probada). En ocasiones estos requisitos se fusionan y se expresan mediante la frase “convicción más allá de toda duda razonable”²⁸.

El panorama previo presenta un gran reto para el juez. La pregunta entonces es ¿cómo debe encararlo? Mi ensayo de respuesta se distancia considerablemente de las pautas interpretativas que Pino considera consistentes con el Rule of Law²⁹, al menos para el caso de la interpretación de disposiciones de carácter procesal del tipo ejemplificado, o sea, de disposiciones procesales epistémicamente deficientes. Y la razón es que poco contribuye a paliar el escenario conformado por disposiciones como esas el que los jueces las interpreten como reglas no derrotables (es decir, no sujetas a excepción alguna), el que les asignen el sentido más literal posible a las palabras mediante las que se articulan, y el que, a los efectos de ser consistentes, perpetúen los resultados interpretativos de dichos métodos. En otras palabras, ante estos casos el juez no debería ser planamente “formalista”, “modesto” o “conservador”, como Pino sugiere, sino uno más proclive a ejercer una razonable creatividad interpretativa y argumentativa.

Esa creatividad razonable podría ser concebida como teniendo distintos grados de intensidad. En una suerte de intensidad moderada o de primer grado los jueces podrían interpretar las disposiciones epistémicamente deficientes como reglas derrotables o principios. Esto abriría la puerta para que ponderen las exigencias de la razón subyacente de la respectiva disposición anti-epistémica, por ejemplo, el reducir los tiempos de la impartición de justicia, a la luz de la averiguación de la verdad a la que debe tender un proceso judicial.

Pienso que esta sugerencia puede funcionar adecuadamente para la mayoría de disposiciones veritativo-disfuncionales citadas atrás. Pero se habría de proceder con extrema cautela en el caso de las reglas que establecen supuestos de exclusión de pruebas relevantes, sobre todo en materia penal, pues la razón subyacente de buena parte de ellas tiene que ver con el respeto a

²⁸ Buena parte de estas reglas procesales epistémico-disfuncionales, y otras más, son evidenciadas por Laudan (2013) al poner en práctica su visión de lo que llamó “epistemología jurídica”.

²⁹ Véase la parte relevante del preámbulo a estos comentarios.

los derechos fundamentales de las personas cuando en la fase de investigación la fiscalía se encuentra recabando pruebas.

En tales situaciones habría que ponderar, entre otros factores, la gravedad del delito que se investiga, la gravedad también de la violación de derechos cometida, el historial de abusos de esa clase por parte de las autoridades de investigación, si hubo buena fe de parte de aquellas en el caso concreto, si en el mismo caso previamente se ha incurrido en otros supuestos de exclusión, si la violación de derechos fue cometida por algún particular y no por la fiscalía (que sólo aprovechó la disponibilidad de la prueba), si de otro modo lícito eventualmente se habría conseguido recabar el mismo medio de prueba, etc.

De hecho, buena parte de estos factores y otros más ya han sido planteados jurisprudencialmente como excepciones a la regla general de exclusión de prueba ilícita en varias regiones (que, a su vez, es una excepción a la regla aún más general de inclusión de todos los medios de prueba relevantes). Y claro, en este punto surge la preocupación garantista por el destino de la persona acusada (sobre todo de la que pudiera ser materialmente inocente)³⁰, con la cual congenio enfáticamente; pero pienso que se le puede canalizar mejor por vía de la implementación de un estándar de prueba que genuinamente absorba en su severidad la dosis completa del beneficio de la duda que el acusado merece, sin el daño epistémico posiblemente grave que significaría el tener que excluir una prueba que quizá sea sumamente relevante³¹.

Ahora bien, un grado de intensidad creativa más alto me parece es el que tendría que aplicarse precisamente en el caso de reglas sobre estándares de prueba como la que, siguiendo en la materia penal, establece que la prueba de la hipótesis de culpabilidad (y, por tanto, un veredicto condenatorio) depende de (o consiste en) que el juez, de hecho, se haya convencido íntimamente de la verdad de aquella.

Y la razón de lo anterior es que, en mi opinión, estamos ante una de las reglas procesales epistémico-disfuncionales más graves. ¿Por qué? Porque, para empezar, la prueba de una hipótesis poco o nada debería tener que ver con el hecho de que el juez esté o no convencido de su verdad, ni con cómo, de hecho, alcanzó ese estado mental. Y segundo porque aun suponiendo que dicho estado resultó del contacto con las pruebas respectivas, la instrucción no le dice nada al juez con respecto a la estructura del razonamiento que debería conducirle a tener por probada la hipótesis de culpabilidad. Poco o nada le informa sobre el

³⁰ Véase, por ejemplo, (Gascón, 2005).

³¹ Aquí me encuentro siguiendo de cerca las sugerencias de Laudan (2013, 104-107).

grado de corroboración que las pruebas deben transmitirle a la hipótesis (que puede o no coincidir con el grado de corroboración que detonó su convencimiento), salvo por el vago mensaje de que ese grado debería ser alto, implícito en la calificación de “intima” que acompaña al requisito de la convicción.

Pero, así como al juez le resulta poco informativa, la regla es también poco informativa para las partes, sus abogados y la sociedad en general, dando lugar a la incertidumbre, incompatible con el Rule of Law, acerca de cuándo se considerarán suficientes las pruebas en este ámbito. Parece que no queda más que esperar a la motivación de la resolución para conocer el criterio realmente empleado. Sin embargo, dado que estándares de este tipo suelen combinarse con una forma de entender a la motivación según la cual esta consiste en la explicación o descripción de la trayectoria de hecho seguida para arribar al convencimiento respecto de la culpabilidad, y dados los problemas de acceso genuino a esas trayectorias que el juez y todos tenemos, muy probablemente sólo encontremos un listado de las pruebas consideradas y un salto a conclusiones del tipo “por lo anterior he llegado a la convicción de que el acusado es culpable”, que, al final de cuentas, es lo que esta formulación del estándar probatorio penal destaca como más importante.

Pues bien, para contribuir a que el contenido de ese y de cualquier otro estándar de prueba sea más determinado³² se podría recurrir a las propuestas que también en este rubro ha hecho el racionalismo probatorio.

En este sentido, Ferrer (2021, 208-210) ha formulado 7 estándares de prueba que presenta ordenándolos del más severo o riguroso al menos exigente. Cabe destacar que la progresión en el grado de exigencia de dichos estándares se obtiene de combinar de modos distintos variables como la del peso del acervo probatorio (es decir, qué tan extenso es en lo relativo a incluir pruebas a favor y en contra de las hipótesis tenidas en cuenta), la amplitud del espacio de hipótesis consideradas (que puede estar conformado sólo por la hipótesis que cada parte defiende, o sea, sólo por 2 hipótesis, o bien, por todas las hipótesis plausibles que sean consistentes con las pruebas disponibles), y si la hipótesis a darse por probada debe ser sólo mejor (que la de la parte contraria o que todas las plausibles) en lo que atañe a sus credenciales epistémicas, o la única que subsista (lo que implica que las hipótesis restantes deben haber sido refutadas).

³² Lo cual abonaría a que el juez contase con un criterio más claro al cual hacer referencia en su motivación, y a que las partes y sus abogados tuviesen mayor claridad sobre cuándo las pruebas que aporten y los argumentos que con base en ellas presenten serán suficientes; claridad que a su vez contribuye a que se puedan diseñar estrategias probatorias más eficaces (para los intereses de cada parte).

La propuesta de Ferrer (2021, 155-163) es que, de ese elenco de estándares se elija el que mejor convenga para la rama (penal, civil, etc.), tipo de caso y momento procesal que se tenga en mente; elección que, por su parte, si ha de estar racionalmente fundada, tendría que basarse principalmente en el resultado de comparar los costos atribuibles tanto a los falsos positivos, como a los falsos negativos, o sea, si hablamos de la materia penal, tanto a las condenas falsas (o de inocentes materiales), como a las absoluciones falsas (o de los genuinamente culpables). En este sentido, mientras más graves o altos sean los costos de los falsos positivos respecto de los costos de los falsos negativos, mayor exigencia debería tener el estándar aplicable.

Históricamente, al menos en las sociedades occidentales, a las condenas falsas se les considera mucho más graves que las absoluciones falsas. Para el proceso penal inspirado en principios liberales, la influencia de la intuición previa se ha traducido en una suerte de inclinación estructural hacia la absolución y, por tanto, en una preferencia por las absoluciones falsas si y cuando el sistema cometa errores de falta de correspondencia con la realidad en sus veredictos.

Autores como Blackstone han abonado a una mayor concreción de esa preferencia con su célebre comentario de que es preferible que 10 culpables genuinos sean absueltos antes que se condene a un inocente, el cual ha sido interpretado como la propuesta de la ratio de errores a cuya realización a largo plazo debería contribuir el estándar probatorio penal. Esa ratio es la de 10 absoluciones falsas por cada condena falsa.

Teniendo estas consideraciones de fondo (y suponiendo que son aceptables), la elección más razonable para el caso de la decisión de condenar parece favorecer al más contundente o riguroso de los estándares de prueba que conforman el elenco al que me he referido. A continuación, lo presento con alguna variación respecto de la forma en que Ferrer (2021, 208-225) originalmente lo formuló:

La hipótesis de culpabilidad se considerará probada si conjuntamente se satisfacen los siguientes requisitos: (1) dicha hipótesis debe tener un alto grado de coherencia y plausibilidad y ser capaz de explicar satisfactoriamente la presencia de las pruebas disponibles; (2) debe basarse tendencialmente en la totalidad de pruebas que atendiendo a las mejores prácticas de investigación para el delito de que se trate, sea razonable prever que se tendrían que haber recabado si la hipótesis fuese verdadera, y (3) deben haberse refutado todas las hipótesis alternativas plausibles, compatibles con la inocencia del acusado o que le sean más favorables.

Ahora bien, coincido con Ferrer en que es razonable que incluso en la misma materia, como la penal, los estándares de prueba varíen. Sin embargo, mi postura difiere de la de él en al menos dos aspectos. En esas diferencias reside el carácter “garantista” de mi concepción del racionalismo probatorio para la materia penal (reflejado en el título de estos comentarios). Las diferencias son las siguientes:

Contrario a Ferrer, no considero adecuado que, a cada delito, e incluso a cada modalidad del mismo delito, le corresponda un estándar de prueba distinto; lo cual es una posibilidad que se sigue de la propuesta del autor en comento, siempre que exista una diferencia significativa en cuanto a los costos atribuibles a los falsos positivos y falsos negativos. Desde mi punto de vista, la variabilidad de los estándares debería ser más moderada³³. En esta línea, en mi opinión basta con que se implemente un mismo estándar, de entrada, exigente para los delitos no graves, y otro todavía más severo, de hecho, el más severo posible, para los graves.

La segunda diferencia es que, por mi parte, sostengo que el costo de las absoluciones no tendría que ser considerado a los efectos de fundar racionalmente el estándar a aplicar, sino sólo la magnitud del castigo al que se expone a la persona acusada³⁴.

Lo anterior parece causar un problema serio, pues si a la postura que considera relevantes para dilucidar el estándar probatorio penal a los costos tanto de las condenas falsas como de las absoluciones falsas se le ha criticado por ser una mala aplicación de la teoría de las utilidades esperadas toda vez que indebidamente deja fuera los beneficios o ventajas de las modalidades correctas de los veredictos, –o sea, los beneficios o ventajas de las condenas verdaderas y de las absoluciones verdaderas–³⁵, a lo que antes afirmé debería considerársele un error aún más burdo, ya que estoy sugiriendo tomar en cuenta los costos o la gravedad de una sola de las modalidades erróneas.

La crítica sería, en efecto, acertada. No obstante, mi posición es inmune a ella, pues junto a autores como Lippke (2016)³⁶, sostengo que, al menos para el caso de la materia penal, es inadecuado emplear la teoría de las utilidades esperadas para fundar racionalmente la elección de los estándares de prueba. Esto vuelve irrelevante el que a esta se le aplique correcta o incorrectamente, pues no es de su aplicación de lo que estamos hablando.

³³ Véase también (Ross, 2023).

³⁴ Castigo que, se supone, es proporcional a la gravedad del delito de que se trate.

³⁵ Esta crítica puede consultarse, por ejemplo, en (Laudan y Saunders, 2009).

³⁶ Y, en alguna medida, también junto a Picinali (2015).

El empleo de esta teoría es inadecuado, principalmente porque hace que la fluctuación de los estándares dependa de la percepción social (empíricamente fundada o no) acerca de los costos atribuibles a las condenas falsas y a las absoluciones falsas.

Por su parte, el problema de la dependencia resaltada es que nada garantiza que la percepción social acerca de los costos de los errores no cambie, incluso drásticamente; y no sólo sobre la base del desarrollo de metodologías de atribución de costos cada vez mejor diseñadas, sino más preocupantemente, por el efecto nocivo de la retórica de creciente aceptación del populismo punitivo o anti-garantista.

Y del mismo modo que ocurre con la percepción social en comento, nada garantiza que la trilogía probatoria garantista conformada por la presunción de inocencia, la carga de la prueba en los hombros de la fiscalía y el estándar de prueba más elevado posible como condición que debe ser satisfecha a los efectos de derrotar dicha presunción, no cambie también.

Dicha trilogía podría mutar de modo drástico hasta el punto de ser totalmente subvertida si, por ejemplo, la percepción de los costos de las absoluciones falsas se eleva exponencialmente. En un escenario así, lo que se querría evitar de forma preponderante serían precisamente las absoluciones falsas o, dicho de otro modo, lo que se preferiría serían las condenas falsas si y cuando se cometiesen errores de falta de correspondencia en los veredictos. Y para lograr la reducción al mínimo de las absoluciones falsas, la presunción que debería implementarse no debería ser la de inocencia, sino la de culpabilidad. Por su parte, la carga de la prueba tendría que posarse sobre el acusado, y el estándar que sus pruebas deberían satisfacer tendría que ser también muy elevado. Este escenario al que nos podría conducir el empleo de la teoría de las utilidades esperadas para derivar de sus resultados el estándar de prueba aplicable, no parece corresponderse con el proceso penal de corte liberal que se supone deseamos tener.

En este punto cabe preguntarse ¿en qué modelo o ideal de legitimidad debería entonces basarse la estructura de un proceso penal con mimbres liberales y garantistas, sobre todo la parte de esa estructura que concierne a los aspectos probatorios más destacables, como el estándar de prueba que debería aplicarse?

Mi respuesta sería que, en lugar de a un modelo consecuencialista como el que resulta de (o está implícito en) el empleo de la teoría de las utilidades esperadas, se debería recurrir a uno de corte deontológico. En mi opinión, el componente fundamental de un modelo como el referido sería la obligación del Estado, a cumplirse por vía de sus jueces, de someter la teoría del caso de la

fiscalía al escrutinio más severo y minucioso posible, lo cual implica el empleo del estándar probatorio también más severo y minucioso.

El fundamento de dicha obligación es que en la operación del proceso penal existe siempre el riesgo de condenar injustamente y, por tanto, de castigar indebidamente, léase de tratar erróneamente como delincuente, a la persona acusada; o sea, de transgredir sin razón, del modo en que lo dicte la política criminal establecida, la esfera de sus derechos fundamentales, como claramente lo son su libertad, –en buena parte de sus diversas manifestaciones o modalidades (de tránsito, de reunión, de asociación, etc.)–, y, por supuesto, su vida (si es que estuviese vigente la pena de muerte). Esta obligación trae aparejado, como sostiene Lippke (2016), una suerte de meta-derecho de las personas a la más férrea protección de sus derechos fundamentales en el contexto de un proceso penal, ante el riesgo siempre presente de que el Estado las reprima punitivamente de modo injusto al echarlo a andar.

Son esta obligación y este derecho lo que sostengo que está en la base de lo que he llamado aquí la trilogía probatoria garantista (conformada por la presunción de inocencia, por la imposición de la carga de la prueba a la fiscalía, y por el estándar de prueba más elevado posible³⁷). En otros términos, son esa obligación y ese derecho lo que explica y, a su vez, justifica la incorporación de esos dispositivos en la estructura del proceso penal. En última instancia, su incorporación legitima los veredictos que resulten (incluso si fuesen falsos³⁸); y, si hablamos de condenas, su incorporación legitima el castigo que proceda (incluso si fuese indebidamente impuesto en virtud de la falsedad de la condena respectiva³⁹).

Tomando como base la argumentación previa, para concluir, no me resta más que apuntar a una posible forma en que podría desplegarse ese grado más intenso de creatividad interpretativa por parte del juez, al que me referí antes, cuando se enfrenta a disposiciones procesales que formulan al estándar probatorio en materia penal en términos de la convicción íntima en la culpabilidad del acusado, que debería alcanzar el juez si ha de proceder una condena.

³⁷ Trilogía probatoria que, en esencia se corresponde con lo que Laudan (2013, 59-61) denomina la “doctrina de la distribución del error”, que no es otra cosa que el conjunto de dispositivos orientados a lograr un entorno que asegure que, si y cuando se cometan errores de condena falsa y de absolución falsa, serán los últimos los más abundantes (o más altamente probables).

³⁸ Lo cual es un riesgo que no puede erradicarse del todo, ni siquiera cuando se ha realizado el mayor esfuerzo humanamente posible por evitar el error consistente en la falsedad de los veredictos, tanto condenatorios como absolutorios.

³⁹ Claro, esto siempre que al decidir el caso no existan disponibles para el juez elementos de juicio válidamente aportados que apunten a la falsedad de la hipótesis de culpabilidad.

Lo primero que procedería sería destacar la inconsistencia entre el estándar probatorio así formulado y el derecho a la prueba en su modalidad de derecho a que en la motivación de la resolución se muestre que el resultado de la valoración conjunta que favorece a la conclusión o hipótesis fáctica que se contempla declarar probada (en este caso, la hipótesis de culpabilidad) coincide o supera un estándar probatorio en clave de *criterio epistémico-jurídico de justificación* de la decisión sobre los hechos.

Lo siguiente podría ser ahondar en la explicación de por qué debería tratarse de un estándar, primero que todo, epistémico. Y para ello podría destacarse que eso es lo que, por su parte, se encuentra implícito en el principio de la legalidad, del Rule of Law o, como también se le llama, en la noción de Estado de derecho, particularmente en el principio complementario de esos ideales convergentes que, suponiendo que a lo que apuntan es al sometimiento de la conducta humana al gobierno de reglas generales, establece el deber de procurar que aquellas se apliquen correctamente. De manera destacable, dicha aplicación correcta requiere que se determine con la mayor precisión posible, es decir, del modo que mejor nos aproxime a la averiguación de la verdad, que han tenido lugar hechos que instancian los supuestos contemplados en las reglas respectivas. Pues bien, la necesidad del carácter epistémico del estándar a aplicarse radica en el hecho de que las pruebas respecto de cuya suficiencia un estándar se pronuncia no son otra cosa que razones que indican la probable verdad de una determinada hipótesis. Y a la posesión de razones de este tipo se le conoce como justificación proposicional, el cual es un concepto fundamental de la epistemología.

Luego, debido a la inconsistencia con el derecho a la prueba antes destacada, vendría la interpretación correctora del estándar de la convicción íntima a efecto de conferirle el requerido carácter epistémico, así como el grado de contundencia o de severidad apropiado para la materia penal (suponiendo que se trata de un delito grave). Dicho de otro modo, lo que vendría sería la presentación del estándar al que antes hice alusión, que aquí reproduzco:

La hipótesis de culpabilidad se considerará probada si conjuntamente se satisfacen los siguientes requisitos: (1) dicha hipótesis debe tener un alto grado de coherencia y plausibilidad y ser capaz de explicar satisfactoriamente la presencia de las pruebas disponibles; (2) debe basarse tendencialmente en la totalidad de pruebas que atendiendo a las mejores prácticas de investigación para el delito de que se trate, sea razonable prever que se tendrían que haber recabado si la hipótesis fuese verdadera, y (3) deben haberse refutado todas las hipótesis alternativas plausibles, compatibles con la inocencia del acusado o que le sean más favorables.

Tocaría entonces fundar la elección de este estándar, para lo cual podría invocarse la obligación de los jueces penales de someter la teoría del caso de la fiscalía al escrutinio más severo y minucioso posible a la que antes aludí. Como sabemos, el fundamento de esa obligación que he propuesto es que en la operación del proceso penal existe siempre el riesgo de condenar injustamente y, por tanto, de castigar indebidamente a la persona acusada; o sea, de transgredir sin razón la esfera de sus derechos fundamentales del modo en que lo dicte la política criminal establecida, por ejemplo, privándolo de su libertad.

Lo último sería explicar que la obligación previa (y el derecho que antes propuse como correlativo a la misma) se encuentra implícita en, o se deriva de modo conjunto de, la presunción de inocencia, la carga estatal de la prueba y de la necesidad de implementar un estándar probatorio muy elevado, a lo cual aquí he llamado la trilogía probatoria garantista.

3. Bibliografía

Accatino, D. (2019) "Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora?", *Revus*, No. 39.

Aguilera, E. (2025) "Respeto, verdad y eliminación del error en el proceso: un balance de la contribución de Levanon a la teoría general de la prueba", *Problema. Anuario De Filosofía Y Teoría Del Derecho*, No. 19, 54 pp.

___ (2023) "Los estándares de prueba: Revisión crítica de su caracterización como umbrales o prototipos, y algunas alternativas", *Discusiones*, Vol. 30, No. 1, pp. 227-274.

___ (2017) *Iusnaturalismo procedimental, debido proceso penal y epistemología jurídica*, Tirant Lo Blanch.

Ferrer, J. (2022) "Los momentos de la actividad probatoria en el proceso", en Ferrer, J. (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

___ (2021) *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*. España, Marcial Pons.

Fuller, L. (1969) *The morality of law*, revised edition, New Haven and London, Yale University Press.

Gascón, M. (2005) "¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión probatoria", *Jueces para la democracia*, No. 52, pp. 74-86.

González Lagier, D. (2022) "Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba", en Ferrer, J. (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Hart, H. L. A. (1965) "Book review: "The morality of law", *Harvard Law Review*, Vol. 78, pp. 1285-1287.

___ (1961) *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot.

Holmes, O. (2012) *La senda del derecho*, Marcial Pons.

Laudan, L. (2013) *Verdad, error y proceso penal; un ensayo sobre epistemología jurídica*, trad. de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Marcial Pons.

Laudan, L. y Saunders, H. (2009) "Re-thinking the Criminal Standard of Proof: Seeking Consensus About the Utilities of Trial Outcomes", *International Commentary on Evidence*, Vol. 7, No. 2.

Lippke, R. (2016) *Taming the presumption of innocence*, Oxford University Press.

Lucy, W. (2017) *Law's judgment*, Hart Publishing.

Picinali, F. (2015) "The threshold lies in the method: Instructing jurors about reasoning beyond reasonable doubt", *The International Journal of Evidence and Proof*, 19(3), pp. 139-153.

Ross, L. (2023) "Criminal proof: Fixed or flexible?", *The Philosophical Quarterly*, Vol. 73, No. 4, pp. 1077-1099.

Rundle, K. (2009) "The impossibility of an exterminatory legality: Law and the holocaust", *University of Toronto Law Journal*, Vol. 59, No. 1, pp. 65-125.

Schauer, F. (2013) *Pensar como un abogado*, Marcial Pons.

Vázquez, C. y Fernández, M. (2022) "La valoración de la prueba: La valoración individual de la prueba", en Ferrer, J. (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Waldron, J. (2011) "How law protects dignity", disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1973341

___ (2010) "The rule of law and the importance of procedure", disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1688491

___ (2008) "Hart and the principles of legality", en Kramer, M. et al, *The legacy of H. L. A. Hart: Legal, political, and moral philosophy*, Oxford University Press.