

Estándares de prueba y ponderación de derechos en la Corte Penal Internacional

Juan Cumiz

Universidad Nacional del Sur

Diego Dei Vecchi

Universitat de Girona

*Abstract**

Tres tesis suelen ser afirmadas como descripciones verdaderas de la práctica aplicativa del derecho penal, a saber: (a) el sistema de valoración de la prueba en vigor es el de 'prueba libre', donde lo que cuenta para determinar el valor de las pruebas es el impacto epistémico que ellas tengan respecto de los enunciados fácticos a probar; (b) la suficiencia de las pruebas en favor de esos enunciados fácticos es función de verificar si se satisfacen las exigencias de ciertos estándares de suficiencia probatoria previstos de antemano; (c) la exigencia probatoria que cada estándar consagre es función de un juicio evaluativo previo respecto de la gravedad de los errores posibles, especialmente los conocidos como falsos positivos y falsos negativos. En este ensayo pondremos a prueba la plausibilidad de sostener esas tesis simultáneamente. Lo haremos abordando una pluralidad de sentencias de la Corte Penal Internacional, concernientes a la suficiencia probatoria, relativas a distintos tipos de decisión y a diversos momentos del proceso penal de su competencia. Nuestro estudio propondrá la conclusión de que ni las decisiones sobre suficiencia probatoria responden exclusivamente a criterios epistémicos, ni esas decisiones consisten en determinar objetivamente la satisfacción de ciertos estándares probatorios. Estas conclusiones pueden ser extendidas a todo tribunal que decida en condiciones semejantes a las de la CPI y empleando argumentaciones de la misma índole.

There are three theses usually taken to be true descriptions of adjudication in Criminal Law, to wit: (a) free proof is the current model of assessment of facts in Criminal Law, and epistemic value of the evidence is what counts to determinate if fact statements have been proven; (b) the sufficiency of the evidence in favor of that statements is a function of a standard of proof previously established, whose satisfaction is decided by the judge or jury in each particular case; (c) the evidentiary severity of the standard reflects a previous evaluative judgment regarding the entity of the possible errors, especially those known as false positives and false negatives. In this essay, we will test the plausibility of sustaining these three theses simultaneously by taking into account a plurality of sentences of the International Criminal Court, regarding evidence sufficiency, related to different kind of decisions and different procedural moments. We will arrive at the conclusion that neither the decisions about evidence sufficiency are the result of the application of epistemic criterions exclusively nor those decisions consist in an objective determination of the satisfaction of certain standards of proof. Those conclusions might be extended to every criminal court whose decisions are taken in conditions similar to the International Criminal Court and employing arguments of the same nature.

* Este texto surge de la combinación de una serie de ideas desarrolladas independientemente por cada uno de los autores. Algunas de esas ideas han sido discutidas en distintos seminarios e incluso parte de ellas han dado lugar a otras publicaciones. Muchos de los intercambios que hemos tenido han sido en el marco del Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy del Istituto Tarello per la filosofia del diritto, Università degli studi di Genova, por lo que agradecemos a todos los integrantes de ese excelente equipo de trabajo. Agradecemos, también, por sus lecturas y comentarios, tanto respecto de esos otros trabajos precedentes cuanto especialmente a efectos de culminar este artículo, a Andrés Bouzat, Hernán G. Bouvier, Luis María Esandi (h) y Jordi Ferrer Beltrán, así como también a dos dictaminadores/as anónimos/as. Por último, debemos un agradecimiento especial a Pablo Navarro, mentor común que hemos compartido, por el incansable, constante y afectuoso incentivo que nos ha brindado y nos brinda, en este juego de pensar en torno al derecho.

Todas las traducciones de las decisiones jurisprudenciales son propias.

Palabras clave: decisión judicial, enunciados fácticos, estándar de prueba, ponderación de derechos, Corte Penal Internacional.

Title: Standards of Proof and Balancing of Rights in the International Criminal Court

Keywords: adjudication, factual statements, standard of proof, balancing of rights, International Criminal Court.

Sumario

1. **Introducción**
2. **Decisiones sobre suficiencia probatoria: la tesis de la asimetría**
3. **El sistema de valoración racional de la prueba**
4. **La tesis de la asimetría y la sana crítica racional: ¿una convivencia estandarizada?**
 - a. **Indeterminación interpretativa**
 - b. **Indeterminación evaluativa o axiológica**
 - c. **Indeterminación epistémica**
5. **Los estándares probatorios en la jurisprudencia de la CPI**
 - a. **El estándar de prueba para ordenar la detención de una persona o su comparecencia ante la CPI: los *motivos razonables para creer* (Art. 58 EdRo)**
 - b. **El estándar de prueba exigido para dictar la confirmación de cargos: *pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer* (Art. 67 EdRo)**
 - c. **El estándar de prueba requerido para dictar una condena: *más allá de toda duda razonable* (Art. 66 del EdRo)**
6. **Suficiencia e insuficiencia probatoria en el CPI: los estándares de prueba a merced de la ponderación de principios**
7. **A modo de conclusión**
8. **Tabla de jurisprudencia citada**
9. **Bibliografía**

1. Introducción

Es muy usual creer que las cuestiones relativas a los hechos en los casos penales se resuelven de un modo tal que las siguientes tres tesis, si afirmadas como descripciones de la práctica aplicativa del derecho penal, son verdaderas:

(a) El sistema de valoración de la prueba en vigor es el de Sana Crítica Racional o ‘prueba libre’, donde lo que cuenta para determinar el valor de las pruebas es el impacto epistémico que ellas tengan respecto de los enunciados fácticos a probar, lo cual es ‘libremente’ verificado por cada juzgador.

(b) La suficiencia de las pruebas en favor de esos enunciados fácticos (i.e. que ellos estén *probados*) es función de verificar si se satisfacen las exigencias de ciertos *estándares de suficiencia probatoria* previstos de antemano para distintos tipos de decisión.

(c) La exigencia probatoria que cada estándar consagre es función de un juicio evaluativo previo respecto de la gravedad de los errores de tener por suficientemente probados a enunciados falsos o por no probados a enunciados verdaderos para cada tipo de decisión.

En este ensayo pondremos a prueba la plausibilidad de sostener simultáneamente estas tres tesis, contrastándolas con la práctica decisoria de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI). Lo haremos abordando una pluralidad de sentencias de la CPI relativas a distintos tipos de decisión y a diversos momentos del proceso penal dentro del cual ella ejerce su competencia. Los tres tipos de decisión sobre los que trabajaremos son: (i) el dictado de una orden de detención o de comparecencia ante la CPI (Art. 58 del Estatuto de Roma, en adelante EdRo), (ii) la confirmación de cargos antes del juicio (Art. 61 inc. 5 y 7 EdRo) y, por último, (iii) el dictado de una condena, (Art. 66 EdRo). Tomaremos bajo consideración a todas las resoluciones de la CPI sobre detención, confirmación de cargos y veredicto luego del juicio, en primera y segunda instancia, desde el inicio de su funcionamiento, en el año 2002, hasta diciembre de 2014. Por la importancia de algunos de sus argumentos, se ha incluido entre los casos a analizar a la sentencia de condena impuesta en primera instancia en el caso Bemba Gombo,¹ aun cuando esa decisión fue dicada por fuera de ese lapso temporal. Los casos tomados bajo consideración corresponden a las situaciones de Lybia, de la República Democrática del Congo, de la República de África Central, de Darfur, de Kenya, de Uganda y de Costa de Marfil.

Este muestrario de decisiones y sus respectivas fundamentaciones nos conducirán a la conclusión de que ni las decisiones sobre suficiencia probatoria responden exclusivamente a criterios epistémicos, ni esas decisiones consisten en determinar objetivamente la satisfacción de ciertos estándares probatorios. Ello permitirá además mostrar que, a pesar de la insistencia, la SCR no es realmente el sistema de valoración probatoria en vigor, al menos no en el modo en que suele decirse que lo es. Estas conclusiones pueden ser extendidas a todo tribunal que decida en condiciones semejantes a las de la CPI y empleando argumentaciones de la misma índole. Enfatizaremos que,

¹ ICC-01/05-01/08, 21 de junio de 2016, “Jean Pierre Bemba Gombo”.

en el caso específico de la CPI, sin embargo, hay cierta peculiaridad que puede oficiar a modo de presagio, a saber: la argumentación respecto de la *quaestio facti* termina por colapsar en la argumentación relativa a la *quaestio iuris* a través de un tipo muy específico de argumentos. Sugeriremos que este paso que la CPI da, paso en virtud del cual se produce el colapso antedicho, no es acaso más que una movida inevitable frente a ciertos obstáculos que se presentan al intentar fijar estándares de prueba que, al mismo tiempo, pretendan distribuir los riesgos de error en modos asimétricos y mantenerse dentro de las exigencias de la SCR. Si es o no posible lograr conjugar todos esos factores es algo que, de todos modos, se dejará como pregunta abierta. Aquí nos limitaremos a mostrar lo poco plausible de sostener que las tres tesis iniciales son verdaderas como descripciones de la práctica judicial de *declaración de 'hechos probados'*.

El texto se estructura del siguiente modo. En el § 2 presentaremos la tesis según la cual los riesgos de error en que es posible incurrir al decidir cuestiones fácticas en el marco del proceso judicial deben ser tratados asimétricamente. Sostendremos que la CPI suscribe esta tesis, pero remitiremos al § 5 a efectos de que ello quede verificado. En el § 3 caracterizaremos a los sistemas de valoración de la prueba, mostrando que la CPI suscribe expresamente una concepción acorde al sistema de SCR, y haremos explícitas las consecuencias que ello acarrea respecto de la determinación de la *suficiencia* probatoria. En el § 4 mostraremos cuáles son los obstáculos de carácter general para honrar, al mismo tiempo, la pretensión de distribución asimétrica a que refería el § 2 y la relativa al sistema de valoración de SCR, con las implicancias que ello tiene respecto de la suficiencia probatoria. En el § 5 abordaremos en detalle la jurisprudencia de referencia de la CPI, subdividiendo el tratamiento a partir de los tres supuestos estándares de suficiencia probatoria regulativos, respectivamente, de los tres tipos de decisión a analizar. Veremos cómo enfrenta la CPI los inconvenientes señalados en el § 4. En el § 6, finalmente, subrayaremos la peculiaridad a que conduce el modo en que la CPI enfrenta los inconvenientes aludidos.

2. Decisiones sobre suficiencia probatoria: la tesis de la asimetría

La CPI está facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas individuales por los crímenes más graves y con trascendencia internacional de conformidad con EdRo (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión). La corte se compone de distintos órganos, de entre los cuales tienen especial relevancia para nuestro trabajo las tres secciones judiciales: la sección de cuestiones preliminares, la sección de primera instancia y la sección de apelación, así como también la Fiscalía. La Fiscalía es el órgano, independiente de la Corte, encargado de realizar la investigación y formular la acusación en las distintas etapas. En el curso de la investigación, y hasta confirmación de cargos, el órgano jurisdiccional competente es la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP). Luego de ello, es la Sala de Primera Instancia (TC) quien posee competencia. La Sala de Apelaciones (SA), por su parte, entiende en las impugnaciones que se interpongan ante cualquiera de los dos primeros órganos.

Como en la generalidad de los sistemas jurídicos, la imposición de sanciones penales a las personas por parte de la CPI y, más generalmente, la aplicación de cualquier norma general y abstracta tiene que estar supeditada a la comprobación, en cada caso, de la condición de aplicación prevista en la

norma de que se trate. Se debe determinar cuáles son las normas jurídicas aplicables a ciertos casos y comprobar si los eventos que hacen a esos casos han de veras ocurrido. Estos eventos ingresan al procedimiento judicial como narraciones que se materializan en un tipo específico de dispositivo lingüístico: los enunciados fácticos. Por ejemplo: ‘el individuo X ha ordenado al ejército bajo sus órdenes disparar en contra de toda persona que posea el rasgo R identificada dentro del territorio gobernado por X’. Todo enunciado fáctico tiene por contenido una proposición que, por su parte, posee valor de verdad: o es verdadera o es falsa. En el ejemplo, el enunciado será verdadero si, y solo si, es el caso que X ordenó al ejército que comanda disparar en contra de los ciudadanos con el rasgo R. Simbolizaremos a la proposición expresada por ese enunciado fáctico – o por cualquier otro que lector o lectora prefieran tomar como ejemplo – empleando la variable proposicional *p*.

En este ensayo nos centramos en el aspecto de las decisiones judiciales relativo a la justificación externa de enunciados fácticos como *p*, i.e. aquellos enunciados en los que se expresa la premisa menor del llamado ‘silogismo judicial’.² Dicha justificación consiste en dar razones en favor de la verdad de la proposición por la que se asevera que la conducta o evento prohibido ocurrió efectivamente, esto es, en dar razones en favor de que *p* es o fue el caso.³ En este sentido, es usual entender que un enunciado fáctico está justificado toda vez que esté probado: toda vez que haya pruebas suficientes a su respecto, toda vez que esté probado que *p*.⁴ En contraste, la justificación externa de la premisa normativa de una decisión judicial – la premisa mayor del silogismo judicial – consiste en dar razones en favor de la validez de la norma general aplicable al caso: ya sea en favor de que ella es el contenido de significado de una fuente de derecho formalmente válida, o de que es una norma materialmente válida frente a las normas superiores del ordenamiento (e.g. los principios constitucionales), etc. Un modo de indicar la distinción entre los dos diversos tipos de justificación externa es señalando la distinta índole de las razones (y de los razonamientos) involucradas en cada uno de ellos. El razonamiento probatorio, se dice, es un razonamiento teórico donde las razones relevantes son las epistémicas.⁵ La justificación externa de la premisa normativa, en cambio, es un caso de razonamiento práctico, donde las razones relevantes – al menos algunas

² Sobre la distinción entre justificación interna y externa en el marco de la decisión judicial ATIENZA, 2003, p 166 ss, WRÓBLEWSKI, 1974, p 39 ss, WRÓBLEWSKI, 2008, p 52 ss.

³ En adelante se omitirá la distinción enunciado/proposición y se hablará de verdad o falsedad del ‘enunciado descriptivo’ aunque, en rigor, la verdad es una propiedad de la proposición, al tiempo que ésta es el contenido del enunciado. Por lo demás, hay un aspecto adicional vinculado con la justificación de la premisa fáctica de la decisión judicial, a saber: la calificación del enunciado fáctico como una instancia del supuesto de hecho de la norma general a aplicar. Este tipo de cuestiones serán dejadas de lado a efectos de este trabajo. Sobre la gran cantidad de problemas que estas cuestiones generan, y sus respectivos matices, véanse FERRUA, 2007 y los diferentes capítulos de GONZÁLEZ LAGIER, 2013.

⁴ Véase FERRER BELTRÁN, 2001. El predicado “probado” está refiriendo ahora, como es evidente, al resultado de la actividad probatoria. Cfr. UBERTIS, 1979, p 105-106. Es usual que los procesalistas destaquen que con “prueba” se alude también a otras cosas como el ‘medio de prueba’, el ‘elemento de prueba’, etc. Véanse COUTURE, 1958, p 215 y sgts, GASCÓN ABELLÁN, 1999, p 83-97, CLARIÁ OLMEDO, 1984. Sobre las condiciones de justificación de la premisa fáctica de la decisión (i.e. ¿está justificada solo si es verdadera o alcanza con que esté probada?), véanse: CARACCILO, 2000, TARUFFO, 2003, TARUFFO, 2009, BOUZAT & CANTARO, 2003, SÁNCHEZ BRÍGIDO & SELEME, 2002.

⁵ GONZÁLEZ LAGIER, 2013, p 98, REDONDO, 1996, p 48, GASCÓN ABELLÁN, 1999, p 216.

de ellas – son normativas.⁶ Aunque estos aspectos justificativos exceden los límites de este trabajo, deberemos decir algo al respecto oportunamente, en especial en lo que a la ponderación de principios concierne.

Una de las peculiaridades de la prueba jurídica consiste en que la corrección de predicar que un enunciado fáctico está probado está intrínsecamente ligada al contexto o momento de decisión. En este sentido, la suficiencia de las pruebas a efectos de adoptar *cierta* decisión judicial es relativa al tipo de resolución a adoptar. Las razones que informan, e incluso recomiendan, esta relatividad contextual de la suficiencia probatoria han de buscarse tanto en la naturaleza progresiva del proceso judicial, cuanto, y especialmente, en la ponderación de los valores en juego frente a la posibilidad de error que cada decisión implica.

En lo concerniente a la primera de esas razones, es evidente que en todo proceso resulta imprescindible adoptar una gran cantidad de decisiones judiciales previas a la decisión final a la que el proceso tiende (en general, de condena o absolución). Algunas de esas decisiones preceden de modo inexorable a esa decisión definitiva aplicativa del derecho penal sustantivo, en el sentido de que son indispensables para avanzar en la reconstrucción del evento investigado, dentro del intervalo de tiempo que abarca un proceso penal.⁷ Podemos denominarlas aquí *decisiones intermedias de avance*. Cabe destacar entre ellas a todas las decisiones judiciales que determinan, por ejemplo, el paso de una etapa del proceso a otra.⁸ De modo que es necesario contar con criterios que permitan determinar cuándo hay prueba suficiente en favor de *p* a fines de avanzar de una etapa *a* del procedimiento a otra etapa *b*, y cuándo la hay para avanzar de *b* a otra etapa *c*, y así sucesivamente. Como resultará ya evidente, será necesario contar también con criterios de suficiencia probatoria, probablemente distintos, respecto de *p* a efectos de condenar.

Alguien podría llegar a pensar que la necesidad de graduar las exigencias probatorias es algo que concierne tan solo a las decisiones intermedias. Ciertas expresiones usadas entre procesalistas, muchas de ellas sumamente engañosas, sugieren este modo de ver. Por ejemplo, las alusiones a la necesidad de alcanzar *certeza* para adoptar una decisión definitiva parecen indicar en ocasiones que solo estas decisiones dependen de ‘prueba categórica’ de la verdad, al tiempo que las decisiones ‘de trámite’ se conformarían con un cierto grado de prueba.⁹ Esto es, sin embargo, un

⁶ Hay quienes piensan, como es sabido, que todo razonamiento práctico conduce necesariamente a razones de carácter moral. Véanse, aunque con muy distintos matices: NINO, 1994, p 71, ALEXY, 1999, GACRÍA FIGUEROA, 1999, BAYÓN MOHINO, 2002, nota 27, BAYÓN MOHINO, 1991, §§ 2-5, RAZ, 1998, p 249, véase también p. 249, RAZ, 1984, p 130, BAYÓN MOHINO, 2002, p 43. En contra REDONDO, 1996, p 240-248.

⁷ Sobre el punto, MAIER, 2011, § 9.C.4.

⁸ Parecería bastante insensato requerir, a efectos de la adopción de esas decisiones intermedias de avance o incidentales), el mismo apoyo probatorio en favor de la hipótesis acusatoria que el exigido para condenar. Pues se trata, precisamente, de decisiones tendientes a una actividad ulterior que incluye recabar pruebas en vistas a determinar si una condena es o no la decisión adecuada a adoptar.

⁹ Como otros ejemplos puede señalarse, se ha afirmado que la decisión definitiva ha de basarse en *plena prueba*, mientras que las demás pueden contentarse con algo menos, como la *semi* o *cuasi* prueba; o que la decisión de condena requiere la *plena convicción* acerca de la verdad de la hipótesis acusatoria,

gran error. El carácter pernicioso de este modo de pronunciarse y, mucho más, de pensar, se evidencia en varios aspectos. Uno de ellos es singularmente relevante para este trabajo. En efecto, este modo de entender a la prueba podría oscurecer lo que es hoy en día un lugar común en la discusión entre epistemólogos, a saber: que los criterios que esa disciplina pueda llegar a proporcionar son inconcluyentes e irremediabilmente falibles, no hay prueba *categorica* que asegure que las proposiciones probadas son verdaderas. Esto se extiende sobre toda área de conocimiento: toda proposición apoyada en pruebas permanece susceptible de falsación en toda empresa cognitiva humana.¹⁰ De modo que la 'gradualidad' no afecta tan solo a las decisiones *intermedias* sino a toda decisión, por *última* y *definitiva* que se la considere. El formidable avance que las reflexiones filosóficas han aportado al campo de la prueba en el marco del proceso judicial en los últimos decenios ha disipado esa engañosa visión e incluso ese poco riguroso modo de expresarse, al menos en el ámbito académico.¹¹

Esto conduce a la segunda razón por la cual es necesario contar con distintos criterios de suficiencia probatoria. Se trata de la (usualmente indiscutida) asimetría entre los valores que se ponen en juego en cada decisión, asimetría que genera una correlativa disparidad en la gravedad de los errores que podrían cometerse al decidir sobre las cuestiones de hecho. En este orden de ideas, cada una de las decisiones que han de adoptarse dentro de un proceso judicial (intermedia o definitiva) implica la afectación de intereses y derechos, tanto de las partes cuanto de la ciudadanía en general, de modo que cada error posible conlleva cierto menoscabo en esos aspectos. Los errores que es posible cometer al decidir sobre si hay prueba suficiente para adoptar tal o cual determinación pueden ser de diversos tipos. Uno de ellos es la emisión de *veredictos falsos*, los cuales, por su parte, pueden ser de dos clases.¹² Los falsos positivos son aquellos veredictos en que se tiene por suficientemente probado un enunciado fáctico falso. Los falsos negativos son aquellos veredictos en que, por el contrario, se tiene por no suficientemente probado a un enunciado fáctico verdadero. Estos veredictos pueden provenir tanto de sentencias que secundan a un juicio cuanto de decisiones previas.¹³

Los riesgos de error de tener por suficientemente probados a enunciados fácticos falsos (falsos positivos) o de tener por no suficientemente probados a enunciados fácticos verdaderos (falsos negativos) no tienen por qué tener la misma entidad en todas las (clases de) decisiones que puedan adoptarse: su gravedad será función de la importancia de los intereses afectados, así como de la intensidad de esa afectación. No parece ser igualmente grave el error de tener por suficientemente probado un enunciado fáctico cuando la decisión a que ello conduce consiste, por ejemplo, en una

mientras que alcanza para otras decisiones con tener *motivos bastantes para sospechar* en que esa hipótesis podría llegar a ser verdadera.

¹⁰ Cfr. POPPER, 2009, p 399. De allí la insistencia, también entre juristas, acerca de la relación entre enunciado fáctico y prueba como una mera relación de *probabilidad*, *aproximación*, *verosimilitud*, *razonabilidad*, etc. Véase, FERRAJOLI, 2002, p 26-27, GONZÁLEZ LAGIER, 2013, p 66, COHEN, 1977, p 121, GASCÓN ABELLÁN, 1999, p 217, TARUFFO, 2009, p 90.

¹¹ Muchos códigos de procedimiento y la jurisprudencia que los emplea y aplica mantienen una terminología eminentemente *mentalista* respecto de los criterios de suficiencia.

¹² Véase LAUDAN, 2013, § 3.

¹³ Véase LAUDAN, 2016, p 57-64.

imputación,¹⁴ o en una citación,¹⁵ o incluso en la imposición de una multa, que cuando esa decisión conduce a un encarcelamiento, o a una condena capital o a eximir de responsabilidad al imputado.¹⁶ Pues bien, otro lugar común entre intelectuales, en este caso un lugar común *jurídico*, es aquél según el cual el derecho debe tratar de modo asimétrico a los riesgos de error, adecuándose a ciertos juicios de valor acerca de la diversa importancia de los intereses que las distintas decisiones y los respectivos errores pueden afectar.¹⁷ De allí que sean necesarios distintos criterios de suficiencia probatoria para diversos tipos de decisión.¹⁸ Ya no son las razones de cronología y necesaria gradualidad en la construcción de la plataforma fáctica las que imponen esa necesidad: ello se debe ahora, y principalmente, a la pretensión de ser sensible a la diversidad de intereses que los errores en la declaración de hechos probados pueden afectar y a la variable intensidad con que pueden hacerlo.¹⁹ Llamaremos a esta asunción: tesis de la asimetría.

Veremos oportunamente, en el § 4, que la CPI suscribe expresamente la tesis de la asimetría evaluativa. Antes de abordar esta cuestión, sin embargo, es conveniente hacer algunas

¹⁴ Nos referimos ahora, y solo a los efectos de este trabajo, a la decisión por la cual se atribuye *formalmente* la comisión de un delito a una persona. Cfr. MAIER, 2011, p 188-189, BINDER, 2009, p 156.

¹⁵ Nos referimos al requerimiento de que una persona se presente ante el órgano jurisdiccional de que se trate a efectos de un determinado acto procesal. Véase Clariá Olmedo 1984a: 382.

¹⁶ Esta cuestión es sumamente compleja, pues no creemos que sea realmente posible pensar en un falso positivo o a un falso negativo como un *error* jurídico o moral sin más, i.e. por el solo hecho de declararse probado a un enunciado falso o no probado a uno verdadero. Por ejemplo, si se rechaza como probado un enunciado fáctico verdadero absolviéndose al imputado porque no se tiene en cuenta prueba obtenida ilegítimamente que de otro modo conduciría a la condena, el falso negativo podría sostenerse como jurídica e incluso moralmente justificado. Por cierto, esto no es pacífico: LAUDAN, 2013, LAUDAN, 2016 parece no verlo de este modo. No podemos profundizar mayormente aquí en estas consideraciones. Algunas consideraciones al respecto en la jurisprudencia de la CPI en ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008, Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, § 76, ICC-01/04-01/06-803-ten, 14 de mayo de 2007 1/157, "Thomas Lubanga Dyilo", § 84, ICC -01/04-01/10, 16 de diciembre de 2011, "Callixte Mbarushimana", § 61y 71.

¹⁷ La práctica y doctrina jurídico-procesal han estado históricamente signadas – al menos desde la Ilustración – por una retórica valorativa de conformidad con la cual el derecho ha de poseer una gran ambición y sensibilidad respecto de la distribución del riesgo de error. Esto así aun cuando la idea no se haya expresado siempre en los mismos términos. La necesidad de atender a la gravedad de los riesgos a fines de ajustar la exigencia probatoria parece también trascender al ámbito estrictamente jurídico: los potenciales errores de tener por probada a una hipótesis clínica, donde la consecuencia puede implicar un cierto tipo de tratamiento agresivo, por ejemplo, no son de la misma gravedad que los de tener por probada una hipótesis histórica de conformidad con la cual la receta original del pesto genovés incluía queso holandés en lugar de *pecorino sardo* y *parmigiano reggiano*, donde la consecuencia puede ser deplorable, pero solo desde el punto de vista culinario. Pero incluso en las mismas disciplinas, las consecuencias de tener por probadas hipótesis fácticas podrían ser sustancialmente distintas: piénsese en dos diagnósticos clínicos con distintos tratamientos, uno inocuo y uno altamente riesgoso para la vida del paciente.

¹⁸ Véase, por ejemplo, STEIN, 2005, p 13, FERRER BELTRÁN, 2018, FERRER BELTRÁN, 2007, p 149-152, LAUDAN, 2013, LAUDAN, 2016, LAUDAN, 2011d. El *contextualismo* aquí delineado no pretende tomar posición, en todo caso, sobre el contextualismo en epistemología, en sus diversas variantes. Sobre el punto, véase HAACK, 2009, p 23-24, 134 y 247 ss.

¹⁹ La mejor forma de concebir la finalidad de los estándares de prueba es, desde estas perspectivas, como un mecanismo para distribuir la *ratio* de error. Cfr. LAUDAN, 2013, p 110. Entre distribuir la *ratio* de error y distribuir el *riesgo* de error hay una diferencia relevante que, de todos modos, no precisa ser enfatizada por ahora. Véase FERRER BELTRÁN, 2018, nota 13.

consideraciones generales acerca de los sistemas de valoración de la prueba, de su intrínseca vinculación con los estándares de suficiencia, y elucidar cuál es el sistema de valoración con el que, al menos discursivamente, la CPI se compromete.

3. *El sistema de valoración racional de la prueba*

Los sistemas de valoración de la prueba son los métodos a través de los cuales se asigna valor probatorio (en el contexto de decisión de que se trate) a cada elemento de prueba y, sobre todo, al conjunto de los elementos con que se cuenta, para determinar si el enunciado fáctico en cuestión está o no probado.²⁰ Todo sistema de valoración que procure conducir a la adopción de una decisión sobre si un enunciado como *p* está o no probado, necesita de un umbral, estándar o criterio de suficiencia.²¹ Simétricamente, todo criterio de suficiencia presupone un sistema de valoración al cual de hecho realiza o torna efectivo, dependiendo de cuál sea la índole de ese criterio.²²

En el plano dogmático, los sistemas de valoración de la prueba que suelen agotar el elenco proporcionado por los juristas son tres: el legal o tasado, el de íntima convicción y el de libre convicción o Sana Crítica Racional (en adelante SCR).²³ De entre ellos, el sistema de valoración de la SCR es especialmente relevante para este ensayo.²⁴ De conformidad con este sistema, lo que cuenta a fines de determinar el valor de las pruebas y la suficiencia de ellas para tener por acreditado un enunciado fáctico es, pura y exclusivamente, la relevancia epistémica objetiva (sea lo que esto fuere) de cada elemento de prueba y, en especial, del conjunto de elementos probatorios. Por consiguiente, la vigencia de un sistema de valoración tal es del todo *incompatible* tanto con criterios de suficiencia tasados cuanto con aquellos que ligan la suficiencia probatoria a un cierto estado subjetivo del juzgador. La única regla jurídica admisible sería, al menos en principio, aquella

²⁰ Sobre la noción de *conjunto de elementos de prueba* y su conformación, véase FERRER BELTRÁN, 2007, p 42 y sgts.

²¹ En este trabajo emplearemos las expresiones «umbral de suficiencia» y «estándar de suficiencia» como sinónimos, aun cuando esto podría ser problematizado. Para esta discusión véase el número XVIII de la revista *Discusiones*, editado por Andrés Páez.

²² DEI VECCHI, 2018b, p 43.

²³ Dos aclaraciones parecen ahora necesarias. En primer lugar, todo sistema de valoración es 'legal' en el sentido (débil) de ser el sistema de valoración establecido por el ordenamiento jurídico-procesal. En segundo lugar, se entiende aquí solamente por sistema de valoración al método de asignación de peso probatorio al 'conjunto de elementos de juicio' (o a cada elemento de juicio dentro del conjunto) ya conformado. Esto deja fuera de la órbita de tratamiento del presente trabajo a las reglas que rigen el momento de la «conformación del conjunto de elementos de juicio» y sus «filtros». Véase FERRER BELTRÁN, 2007, p 42 y sgts.

²⁴ Respecto de los otros dos sistemas, podemos estipular que el primero es aquél donde el legislador determina *a priori* (a) cuáles son los medios de prueba adecuados para acreditar ciertos enunciados sobre ciertos hechos; (b) cuál es el valor de los datos – i.e. los enunciados con contenido proposicional – obtenidos a partir de esos medios (eventualmente tasando también los criterios de fiabilidad) y (c) cuándo el conjunto de datos obtenidos a partir de los medios adecuados es suficiente para tener al enunciado de que se trate por probado. De conformidad con el segundo sistema de valoración, lo que determina el valor de cada prueba y del conjunto de elementos probatorios son, dicho rápidamente, los estados mentales de quienes hayan de valorar la prueba (convicción, creencia, etc.) y decidir sobre la suficiencia.

que determina que la valoración de la prueba ha de responder a las pautas generales de la epistemología, a «las reglas del correcto entendimiento humano».²⁵ De allí que se diga que la SCR funge de «criterio metodológico negativo».²⁶ De conformidad con la SCR, sean cuales fueren los estados subjetivos del decisor, siempre es necesario someter al enunciado fáctico de que se trate a deliberación racional-epistémica. En este sentido, quien ha de decidir podría creer que p y, sin embargo, p no estar probado por carecer su creencia de justificación epistémica adecuada. A la inversa, podría no creer que p (o creer que $\neg p$) y haber, sin embargo, prueba suficiente desde el punto de vista epistémico-objetivo para la creencia en p .²⁷

Aunque el EdRo no establece expresamente cuál es el sistema de valoración de la prueba que ha de regir la actividad de la CPI, parte de su articulado sugeriría que se presupone una concepción racionalista de la prueba y, por tanto, un sistema de SCR. Por ejemplo, el Art. 74 (2), al establecer los requisitos para el fallo, establece que:

La Sala de Primera Instancia fundamentará su fallo en su evaluación de las pruebas y de la totalidad del juicio. El fallo se referirá únicamente a los hechos y las circunstancias descritas en los cargos o las modificaciones a los cargos en su caso. La Corte podrá fundamentar su fallo únicamente en las pruebas presentadas y examinadas ante ella en el juicio.

A su vez, el apartado 5 de ese mismo artículo exige una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y las conclusiones. El Art. 69 facultaba ya a la Corte a solicitar toda la prueba que crea necesaria para *determinar la veracidad de los hechos* en su inciso (3), y le ordena decidir sobre la pertinencia o admisibilidad de cualquier prueba teniendo en cuenta su valor probatorio un inciso más adelante. Lo mismo establece el Art. 63 (2) de las Reglas de Procedimiento y Prueba (en adelante RPP) que concede a la Sala *facultades discrecionales para valorar libremente todas las pruebas presentadas* a fin de determinar su pertinencia o admisibilidad. Por su parte, al momento de resolver la cuestión de la información que pueda afectar la seguridad nacional de un determinado estado y que pudiera ser prueba pertinente y necesaria para determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado, en el Art. 72 se vincula al razonamiento probatorio de la CPI con la actividad de extraer las inferencias respecto de la existencia o inexistencia de un hecho y relativas a la culpabilidad o a la inocencia del acusado que sean apropiadas en razón de las circunstancias.

La propia CPI expresa en su jurisprudencia que ella implementa un sistema de valoración probatoria sobre la base de la alusión al principio de libre apreciación de la prueba del Art. 69 (4) EdRo y del Art. 63 (2) RPP, ambos citados en precedencia. Destaca, incluso, que ese modo de

²⁵ COUTURE, 1958, p 270.

²⁶ GASCÓN ABELLÁN, 2004, p 158. Véase también TWINING, 1990, p 195.

²⁷ Este problema no debe ser confundido con el relativo a la necesidad de decidir en el proceso jurisdiccional *solo teniendo en cuenta* la prueba epistémicamente relevante *legalmente ingresada al proceso*. Sin embargo, son cuestiones relacionadas. La posibilidad de tener por probado o no probado a un enunciado fáctico haciendo caso omiso de ciertos elementos de prueba ilegalmente ingresados, o legalmente inadmisibles, presupone un método de valoración que permita anular la incidencia de esos elementos en el razonamiento judicial, y el método de íntima convicción parece inapto a estos efectos.

valorar la prueba constituye «un componente del núcleo central de la actividad judicial»,²⁸ aplicable de igual forma a las etapas preliminares como a la de juicio.

La importancia de la justificación como una herramienta que posibilita el control de la valoración de la prueba y de la decisión que establece, en concreto, la satisfacción del nivel de suficiencia probatoria, fue reconocida por la SA al destacar que la discreción que poseen los jueces para valorar la prueba es atemperada por su deber de brindar una opinión razonada.²⁹ En la instancia de apelación por la condena impuesta a Thomas Lubanga, la Jueza Ušacka sostuvo que el artículo 74 (5) del EdRo especifica que una decisión condenatoria debe brindar una justificación razonada de los hechos que la Sala de Primera Instancia da por probados y de sus conclusiones, y que el Art. 64 (2) de Las Reglas también estipula que la sala debe brindar las razones de cualquier resolución que adopta en materia probatoria. Señaló que estas son las principales instancias en las que los textos legales requieren que la Sala brinde su razonamiento, lo que resulta especialmente importante cuando se trata de cuestiones sobre prueba. Explicó que, aun cuando no se requiere que la Sala articule cada paso de su razonamiento o que valore cada pieza de prueba para cada hecho particular que da por probado [*each particular finding*],

... una decisión de condena debe permitir tanto al condenado, como a la Sala de Apelación, comprender cómo la Sala ha llegado a esa conclusión (sobre la prueba de los hechos) basada en la prueba presentada ante ella, para asegurar al acusado que pueda ejercer su derecho a apelar y a la Sala de Apelación, que puede llevar a cabo una revisión efectiva.³⁰

En la decisión dictada en la confirmación de cargos del caso Bemba Gombo, la CPI ha explicado que La Regla 63 (2) provee una amplia discreción para la valoración de la prueba. Sin embargo, entiende, esa amplia discreción no debe ser ejercida arbitrariamente o sin límites. En palabras de la Corte, sus límites se encuentran en la relevancia, el valor probatorio y la admisibilidad de cada pieza de prueba.³¹ Sobre la forma en que se determina el peso de cada prueba, la CPI expresó que la fiabilidad de las piezas individuales es valorada en el contexto de cualquier otro material probatorio admisible,³² y que

... la Sala toma una aproximación caso por caso, guiada por varios factores como: la naturaleza de la prueba, la credibilidad, la fiabilidad y la fuente, como también el contexto en el que fue obtenida y su nexa con los cargos del caso y con el acusado. Son considerados los indicios de fiabilidad como la voluntariedad, la verosimilitud (truthfulness) o confiabilidad. En ese sentido, expresamente se ha aclarado que no es la

²⁸ICC-01/09-02/11, 23 de enero de 2012, “Francis KirimiMuthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali”, § 73.

²⁹ ICC-01/04-01/06 a 5, 1 de diciembre de 2014, “Thomas Lubanga Dyilo”, § 24. Esta exigencia es considerada, en muchos órdenes jurídicos, un derecho del acusado y un aspecto del debido proceso. Se destacó allí que la TC debe fijar con claridad cuáles de los hechos que da por probados son la base de cada uno de los elementos del delito, incluyendo el elemento subjetivo (§ 313).

³⁰ ICC-01/04-01/06 a 5, 1 de diciembre de 2014, “Thomas Lubanga Dyilo”, § 26.

³¹ ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, “Jean-Pierre Bemba Gombo”, § 44.

³² ICC -01/04-01/06, 14 de marzo de 2012, “Thomas Lubanga Dyilo”, § 92/94; ICC-01/04-02/12, 18 de diciembre de 2012, “Mathieu Ngudjolo”, § 43.

cantidad de prueba presentada sino su valor probatorio lo que es esencial para la determinación final de la Sala sobre los cargos presentados por el Fiscal. La Corte tiene en cuenta, también, la coherencia intrínseca de cada elemento de prueba, a la luz de toda la prueba presentada para la confirmación de cargos. Cuando en esa prueba se hallen inconsistencias, ambigüedades o contradicciones, la Sala ejerce una mayor cautela al usarla para afirmar o rechazar las afirmaciones realizadas por la Fiscalía³³.

Al margen de las consideraciones específicas que puedan hacerse, lo dicho parece suficiente para atribuirle a la CPI la suscripción de una concepción racional acerca de la prueba, un compromiso con un sistema de valoración de SCR o ‘prueba libre’. Esto va en consonancia con una tendencia general en los ordenamientos jurídico-procesales occidentales. Alegaremos oportunamente que hay buenas razones para dudar de que las cosas sean efectivamente como la CPI dice que son, y que deben ser, en lo que al sistema de valoración de la prueba concierne. En contraste, diremos que, al menos en la jurisprudencia de la CPI, decir que la suficiencia probatoria se determina con exclusividad en base a su valor epistémico y que, por tanto, está vigente un sistema de valoración de SCR, no es más que un cándido *wishfull thinking*, en el mejor de los casos. Esto se debe, ante todo, a que entre sistema de valoración de SCR y tesis de la asimetría hay una tensión difícilmente resoluble. Veamos esta tensión más de cerca.

4. *La tesis de la asimetría y la sana crítica racional: ¿una convivencia estandarizada?*

De conformidad a cuanto se ha dicho hasta aquí, decidir la suficiencia de ciertas pruebas en favor de determinados enunciados fácticos a la luz de un sistema de SCR implica determinar que hay pruebas *epistémicamente suficientes* para tener a ese enunciado como verdadero. Pero ¿cuándo hay pruebas epistémicamente suficientes para tener a una proposición como correspondiente con la realidad? Ante todo, uno no podría decir que la suficiencia epistémica *es* en sí misma un *hecho* de la misma entidad que aquél al que refiere el enunciado fáctico que procura probarse. No hay hecho alguno que haga verdadera a la afirmación de conformidad con la cual cierto enunciado fáctico está *suficientemente probado*, al menos no un *hecho bruto*.³⁴ En otras palabras, la suficiencia probatoria no ocupa un lugar en la ontología semejante al que ocupan hechos como las tormentas, los fusilamientos o la rotación de la tierra. Pero pareciera que tampoco hay un hecho epistemológico consistente en una *suficiencia probatoria tout court*, objetiva y categórica. Esto se debe a varias circunstancias que no pueden ser abordadas con profundidad aquí pero que vale la pena señalar. Ante todo, se ha mencionado ya el carácter irremediabilmente falible de la justificación epistémica: no hay justificación alguna que garantice correspondencia entre el (contenido del) enunciado que se quiere probar (i.e. el enunciado *probandum*) y la realidad. Ante esto, es usual reconocer que la situación epistémica típica en que alguien debe decidir si tener por probado o no a un enunciado fáctico es aquella en que coexisten diversas hipótesis plausibles que solo pueden, en el mejor de los casos, ser contrastadas entre sí. Las hipótesis son, en efecto, conmensurables, pero la cuantificación del grado de apoyo probatorio o inductivo de cada una de ellas con independencia de la

³³ ICC -01/04-01/10, 16 de diciembre de 2011, “Callixte Mbarushimana”, § 47.

³⁴ Sobre la noción de *hecho bruto* véanse ANSCOMBE, 1958b, ANSCOMBE, 1958a, SEARLE, 1964, SEARLE, 1969, § 2.7, SEARLE, 2010, p 10.

conmensuración se vuelve en apariencia imposible.³⁵ Así las cosas, suele decirse, lo máximo que la epistemología puede proporcionar a fines de decidir sobre la suficiencia de las pruebas en favor de un enunciado fáctico es la ‘inferencia a la mejor explicación’: una serie de criterios para elegir la mejor, o la menos mala, de entre las hipótesis en competencia, pero no más que ello. Más aún: los criterios de mayor o menor bondad son una cuestión altamente discutida no solo entre juristas sino además en el campo de la epistemología.³⁶

Es esto lo que queremos decir cuando afirmamos que no parece haber algo así como un hecho epistemológico consistente en la suficiencia probatoria: la epistemología no ofrece un estándar de prueba en absoluto, ni un catálogo de ellos, aun cuando proporcione ciertas pautas para evaluar la solidez de las inferencias probatorias y para descartar a algunas de ellas. La función de la epistemología así configurada, i.e. la de determinar cuál es la mejor hipótesis entre las que están en competencia y proporcionar criterios de bondad de hipótesis, no carece en absoluto de relevancia. Pero su efectividad es excesivamente modesta si uno está preocupado por resolver *qué hacer* a la luz de las pruebas con las que cuenta: la epistemología nada dice sobre cuándo las pruebas son suficientemente adecuadas para actuar de acuerdo con los riesgos de error en juego, frente a la bondad o maldad de las consecuencias a que la decisión y el error pueden conducir. Y, sin embargo, de conformidad con la tesis de la asimetría, es necesario decidir seleccionando hipótesis *especialmente* buenas o plausibles, o *especialmente mejores* que sus rivales, y distribuir el riesgo de error asimétricamente.³⁷

La conclusión parece obvia: o se renuncia a la SCR, al menos en su estado puro, i.e. como criterio *negativo* de valoración y de suficiencia probatoria o habrá que resignarse entonces a no corregir la distribución de errores posibles sobre la base de evaluaciones asimétricas de sus respectivas gravedades. Pero aun así, la presencia de un estándar de suficiencia categórico y genuinamente epistémico quedaría supeditada a que se logre dar una respuesta sobre cuáles son, objetivamente, los rasgos que hacen a una hipótesis *la mejor* de entre todas sus rivales. Esto no es algo que haya pasado del todo desapercibido entre los epistemólogos jurídicos.³⁸

La salida al dilema parece estar frente a nuestros ojos, piensan los más optimistas. Bastaría con conjugar al sistema de valoración de la prueba de SCR con *estándares de suficiencia fijados por el legislador*. Esto sería algo así como *institucionalizar* a la suficiencia probatoria, convertirla en un

³⁵ Sobre la noción de apoyo inductivo y su carácter inconcluyente, aunque con distinta terminología, COHEN, 1977, p 121, HEMPEL, 2005, p 16. Entre los teóricos del derecho, alusiones a esta noción de apoyo inductivo, aun si con ligeros matices y diversos grados de profundidad en su tratamiento, en GONZÁLEZ LAGIER, 2013, p 66, 72, FERRAJOLI, 2002, p 120, FERRER BELTRÁN, 2007, p 123, ASECIO MELLADO, 1989, p 16, BAYÓN MOHINO, 2009, p 28-29, TARUFFO, 2010, p 28, TARUFFO, 2009, p 90-91.

³⁶ Véanse sobre la cuestión HARMAN, 1965, TUZET, 2006, CANALE, 2013, p 225, LIPTON, 1991, PARDO, 2013, GONZÁLEZ LAGIER, 2003, GONZÁLEZ LAGIER, 2013, cap. II, AMAYA, 2008, AMAYA, 2013, LAUDAN, 2011a.

³⁷ LAUDAN, 2011c, p 59 habla del *núcleo duro de la epistemología* como aquél despreocupado por la distribución de errores y solo dirigido a la disminución global de los errores. A esto apunta también la distinción de BAYÓN MOHINO, 2009 entre «sensibilidad mínima» y «sensibilidad más que mínima» al riesgo de error.

³⁸ La presentación más acabada de este dilema es probablemente la de BAYÓN MOHINO, 2009.

hecho institucional.³⁹ Que haya o no prueba suficiente pasaría a ser, después de todo, un hecho de esa peculiar categoría, lo cual estaría determinado por una norma constitutiva del estándar de suficiencia más la presencia, en cada caso particular, de un conjunto de pruebas relativo a un enunciado fáctico tal que satisfaga ese estándar.⁴⁰ De allí que se entienda que cuando un juzgador profiere, al decidir, un enunciado del tipo 'está probado que *p*' estaría *describiendo* un hecho, i.e. la presencia de pruebas suficientes en favor de *p*.⁴¹ Por medio de esas normas sería entonces posible crear estándares que reflejen las (asimétricas) evaluaciones morales relativas a cómo deben distribuirse los riesgos de error, pero donde la suficiencia sigue siendo producto del peso epistémico objetivo de la prueba.⁴² Se trataría de algo así como de *sistemas de SCR legalmente estandarizados*, una combinación de un criterio metodológico negativo en lo que a la atribución de peso concierne, y un criterio metodológico positivo en lo referente a la suficiencia de los elementos para adoptar tal o cual decisión.⁴³ Esta es la estrategia que, de hecho, parece pretender aplicar la CPI cada vez que resuelve que hay prueba suficiente en favor de un determinado enunciado fáctico. No obstante, veremos que la estrategia no es exitosa.

La falta de éxito proviene de lo siguiente: para honrar ambas pretensiones (i.e. valorar la prueba de conformidad con un sistema de SCR y tener estándares de suficiencia que determinen que las hipótesis a seleccionar sean particularmente buenas y distribuyan el riesgo de error de un modo asimétrico) es necesario sortear ciertos obstáculos. Estos obstáculos se corresponden con tres tipos de indeterminación a los que no se ha prestado la suficiente atención, ni en general ni en el caso específico de la CPI. El primero de ellos concierne al problema de la interpretación jurídica (problema que, en rigor, debe enfrentar toda estrategia legislativa de fijación de contenidos normativos), consistente en la identificación de cuál es el estándar que la legislación pertinente consagra. El segundo problema es el de la indeterminación evaluativa, consistente en la medición de la gravedad de cada error posible a fines de determinar cuál es la distribución del error – moralmente – adecuada, i.e. cuál ha de ser la asimetría. El tercer tipo de indeterminación, por último, tiene raíz epistemológica, y concierne al modo de determinar, acudiendo tan solo a criterios epistémicos, el límite de suficiencia que se pretenda de acuerdo con el juicio moral antedicho, i.e. cómo reflejar *epistemológicamente* esa asimetría. Mencionaremos muy brevemente en qué consisten estos problemas para pasar, luego, a evaluar el modo en que la CPI los enfrenta.⁴⁴

³⁹ Sobre la noción de *hecho institucional*, especialmente, SEARLE, 1995, §§ 1 y 2.

⁴⁰ La formulación canónica de una norma constitutiva de un hecho institucional es 'P cuenta como S'. En nuestro caso, el legislador establecería cuáles son los rasgos que una hipótesis debe tener (e.g. el rasgo P) para contar como 'prueba suficiente' (S). Así, toda vez que se diera P *sería verdad* que se ha dado el hecho – institucional – S.

⁴¹ Así FERRER BELTRÁN, 2001.

⁴² Naturalmente, esto será así siempre y cuando los rasgos de la hipótesis (en el ejemplo precedente, los rasgos P) ligados con el hecho institucional de la suficiencia (en el ejemplo: S) sean criterios puramente *epistémicos*.

⁴³ Véase FERRER BELTRÁN, 2013, FERRER BELTRÁN, 2007, p 147 ss, FERRER BELTRÁN, 2018. Véase también LAUDAN, 2013, cap. III.

⁴⁴ Un desarrollo mayor de estas cuestiones en DEI VECCHI, 2018a.

a. Indeterminación interpretativa

El primer inconveniente para la identificación de los estándares de prueba tiene que ver con las consideraciones del escepticismo interpretativo frente a la práctica interpretativa judicial: aun si fuere posible, como el sistema de prueba legal estandarizado se propone, definir estándares de prueba en abstracto con criterios exclusivamente epistémicos de suficiencia, siempre estaría en manos del intérprete la atribución de un significado distinto a la disposición normativa en que, por hipótesis, la distribución de riesgo de error se concreta.⁴⁵ Téngase especialmente presente que, al igual que la norma que forma parte de la premisa normativa, el estándar de prueba en un sistema legal estandarizado es una norma jurídica extraída por medio de la interpretación de los textos normativos pertinentes. Estos textos están, igual que cualquier otro, afectados por las causas de equivocidad de las disposiciones normativas jurídicas.⁴⁶ En este sentido, al menos si el escéptico tiene razón, la atribución de significado *jurídico* es en todos esos casos un acto volitivo limitado tan solo – y a lo sumo – por las diversas técnicas interpretativas en vigor. Desde esta óptica, los enunciados interpretativos son siempre de carácter *atributivo*.⁴⁷ De modo que, en el caso del estándar de prueba, cuál sea la norma concreta que el enunciado legislativo exprese será algo que quedará a discreción del intérprete/juzgador.⁴⁸

Frente a esto, la concepción racionalista de la prueba, que es optimista respecto de la posibilidad de *estandarización* de la suficiencia probatoria y que concibe a las enunciaciones del tipo ‘está probado que *p*’ como actos de habla *descriptivos*, supone alguna forma de cognitivismo interpretativo jurídico. En este sentido, alguien podría responder, incluso tras las huellas de Riccardo Guastini, que no todas las interpretaciones son eterna y constantemente disputadas. Hay atribuciones de significado que se tornan dominantes y estables.⁴⁹ Esto puede ser correcto. Pero así y todo, que una interpretación adquiera carácter de dominante o estable no la torna una interpretación *correcta*, ni excluye a las alternativas interpretativas como opciones *admisibles*. De modo que aun cuando la interpretación de una disposición expresiva, por hipótesis, de un estándar de prueba, se torne dominante y estable, dos circunstancias serán irremediables. Tendremos que reconocer, por un lado, que *ese* estándar ha sido fijado por la jurisprudencia constante más que por el legislador y, por el otro, que en cualquier momento, quien haya de decidir, podría elegir otra traducción de la disposición, acorde a las circunstancias del caso. Por cierto, las premisas del escepticismo interpretativo no tienen por qué ser correctas, y no tiene por qué serlo su conclusión. Pero mientras unas u otra sean plausibles, se tratará de un obstáculo a enfrentar para quien abogue en favor de estándares de prueba legislados.

⁴⁵ Sobre la postura escéptica frente a la interpretación jurídica (i.e. la atribución de significado a las disposiciones normativas), que no puede desarrollarse aquí, véanse: GUASTINI, 2004, GUASTINI, 2011, GUASTINI, 2012, TARELLO, 2013, CHIASSONI, 1998, CHIASSONI, 2002, CHIASSONI, 2011, CHIASSONI, 2018, KELSEN, 2009 [1960], ROSS, 2006 [1958].

⁴⁶ Sobre la recalcitrante equivocidad de las disposiciones normativas jurídicas véase GUASTINI, 2012.

⁴⁷ Véase GUASTINI, 1997.

⁴⁸ Este es un problema que ha sido expresamente señalado respecto de la fórmula *más allá de toda duda razonable*, entre otros, por LAUDAN, 2011b, FORST, 2004, p 57.

⁴⁹ Véase GUASTINI, 2013a, p 152, GUASTINI, 2011, p 217, GUASTINI, 2008, p 74-75, GUASTINI, 2013a, § 10, GUASTINI, 2013b, § 2 ap. 3

b. Indeterminación evaluativa o axiológica

La necesidad de estándares de prueba de distribución asimétrica se remontaba a que los errores potenciales – se asume – poseen distinta gravedad. No todo error – ni todo efecto de todo error – se valora como igualmente dañino, lesivo, deplorable o indeseable desde el punto de vista moral o político. Ante esta asunción, veíamos, es necesario fijar normas correctoras (i.e. estándares) que distribuyan los (riesgos de) errores de un modo que refleje esas evaluaciones acerca de la diversa incidencia moral de cada yerro y de sus posibles efectos. Al menos en principio, si los estándares fueren *legislativos*, el problema aquí abordado concierne a los criterios de corrección de los juicios del legislador. La posibilidad misma de criterios tales, depende de que existan parámetros de corrección para los juicios morales o políticos que en esa sede se adoptan. Se trata, sin espacio para las dudas, de un problema que trasciende con creces a la problemática que aquí tratamos, pues no solo se extiende a consideraciones de filosofía política respecto de quién y cómo debe adoptar las determinaciones con impacto moral en una sociedad, sino que se eleva incluso a consideraciones de índole metaética: ¿cuál es el estatus de los enunciados morales como el que dice que la condena a un inocente es más indeseable que la absolución a un culpable? ¿tienen esos enunciados valor de verdad? ¿cómo se mide cuánto más indeseable es una decisión u otra, o una con respecto a otra? Estos problemas están íntimamente vinculados con el tratado en el párrafo precedente, dado que si la distribución del (riesgo de) error fuera en efecto una atribución del legislador, entonces será tarea de los jueces detectar ese (y no otro) juicio distributivo al momento de interpretar las fuentes legislativas del derecho. Pero aun si la interpretación jurídica se mostrase radicalmente indeterminada el problema podría resolverse en tanto fuere posible detectar los juicios distributivos ‘justos’ con independencia de la voluntad del legislador. Los jueces podrían avocarse a ello del mismo modo en que lo hacen para determinar cualquier otro ‘hecho duro’ como los fusilamientos o las tormentas.⁵⁰ Si la indeterminación fuere tanto interpretativa cuanto evaluativa, pareciera entonces que el juicio axiológico de suficiencia de la prueba para la aceptación de la premisa fáctica no podrá ser más que un juicio propio, subjetivo, de quien decide en cada caso.

⁵⁰ Larry Laudan, a partir de la suscripción de una meta-ética abiertamente consecuencialista, considera que, a fin de identificar la *justa ratio* de distribución de errores entre falsos positivos y negativos es posible y recomendable medir el *daño* que cada error provoca. Esto resultaría en una *ratio* ‘objetivamente justa’ de distribución de errores: de modo que quizás los jueces podrían acudir directamente a constatar, en cada caso en que han de decidir acerca de la suficiencia probatoria, al ‘hecho objetivo’ que esa *ratio* constituye para, consecuentemente, declarar que (con valor de verdad) ‘hay prueba suficiente’ o que no la hay. En LAUDAN, 2016, cap. 4 se lleva a cabo un gran esfuerzo argumental para fijar esa *ratio* a partir de una medición de cuántas víctimas inocentes generan las absoluciones a culpables y cuántas generan las condenas a inocentes. Las víctimas inocentes que cada error genera se cuentan a partir de índices de ‘reincidencia’. Creemos que muchas cosas han de decirse acerca de esa argumentación que por momentos parece excesivamente forzada, pero la principal es que los datos en que Laudan se basa, en la mayoría de los casos, no refieren siquiera a verdaderos casos de reincidencia por prescindir de toda condena previa. El mismo tipo de premisa putativa emplean en ALLEN & LAUDAN, 2011. Cfr. FERRER BELTRÁN, 2018. Una propuesta que asume que el estándar *más allá de toda duda razonable* es variable y que responde a un cierto tipo de racionalidad que permite mensuraciones objetivas de los riesgos de error en LILLQUIST, 2002.

c. Indeterminación epistémica

En sistemas de SCR estandarizados, los criterios de suficiencia epistémica para la distribución (objetiva) del riesgo de error deberían ser expresados por medio de, o mejor, habrían de identificarse con, normas jurídicas. Esas normas, en el caso específico estándares de suficiencia probatoria, se identifican por vía interpretativa. Es esto lo que caracteriza a un sistema legal estandarizado. Por su parte, un rasgo central de estos pretendidos estándares radicaba en que ellos reflejan un juicio de valor específico acerca de cómo *deben* distribuirse los riesgos de error. Ahora bien, los criterios por medio de los cuales habría de expresarse el estándar – si no quiere abandonarse la SCR – habrían de ser exclusivamente *epistémicos*: no pueden remitir a estados subjetivos de persona alguna, ni establecer elencos tasados de medios probatorios y de sus rasgos de fiabilidad. Es decir, como indica Ferrer Beltrán, la suficiencia probatoria que termine por distribuir los riesgos de error tiene que ser producto de la «capacidad justificativa» de las pruebas en tanto *razones epistémicas*.⁵¹

Ahora bien ¿es realmente plausible pensar en estándares de suficiencia donde el límite esté fijado exclusivamente en *una medida de la relevancia epistémica* de los elementos de juicio que sea objetivamente identificable? ¿es posible reflejar juicios de valor asimétricos sobre cómo deben distribuirse los errores solo *por medio* de criterios eminentemente epistémicos? En vistas a fijar estándares tales *de lege ferenda* se ha acudido en general a dos aspectos relacionados pero distinguibles. El primero concierne, podría decirse, a la solidez de la hipótesis con independencia de otras hipótesis alternativas, lo cual depende de cosas como su capacidad explicativa de ciertos elementos probatorios, a las perplejidades o no que pueda generar la presencia de otros, a las predicciones verificadas a partir de la hipótesis, etc.⁵² El segundo aspecto en que ese aumento se percibiría tiene que ver con la cantidad, tipo y plausibilidad de hipótesis alternativas a la de culpabilidad del acusado toleradas para adoptar cada tipo de decisión. Por ejemplo: en ocasiones el estándar podría considerarse satisfecho aun cuando puedan elaborarse otras hipótesis alternativas razonables sobre la inocencia del acusado, e incluso más plausibles, siempre que no excluyan un mínimo de razonabilidad en el grado de confirmación de la hipótesis de acusación; en otras ocasiones, el estándar no toleraría una hipótesis alternativa sobre la inocencia del acusado que fuera razonable, de modo que no podría ser satisfecho si una hipótesis tal persistiese. Qué tan razonable debe ser la hipótesis alternativa se relacionaría, justamente, con qué tipo de duda, qué características *epistémicas* debe tener esa duda para limitar el acceso al estándar.⁵³

De entre las disposiciones normativas a que usualmente se ha acudido en la búsqueda de criterios

⁵¹ FERRER BELTRÁN, 2018, p 405. Sobre la necesidad de expresión del estándar ‘en términos estrictamente epistémicos’ remitimos a DEI VECCHI, 2014.

⁵² Véanse, por ejemplo, el punto 1) del estándar que propone FERRER BELTRÁN, 2007, p 147 para procesos penales, los requisitos bajo los dos acápites *a)* relativos, respectivamente, a los estándares 1) y 2) en FERRER BELTRÁN, 2018, p 417, y también los requisitos de las propuestas de *estándares objetivos* en LAUDAN, 2013, p 127.

⁵³ Véanse, por ejemplo, el punto e) del estándar que propone FERRER BELTRÁN, 2007, p 147 para procesos penales, los requisitos bajo los dos acápites *b)* relativos, respectivamente, a los estándares 1) y 2) en FERRER BELTRÁN, 2018, p 417-418 y todos los demás criterios relativos a los cuatro estándares restantes y, en general, todas las propuestas que recurren a nociones comparativas como la de *mejor explicación*.

de suficiencia acordes a las pretensiones aludidas, han de mencionarse aquellas expresivas de principios como la presunción de inocencia,⁵⁴ la cual suele reconducirse al *in dubio pro reo*, o la conocida como prueba ‘más allá de toda duda razonable’.⁵⁵ Se trata en todos los casos de pretendidos ‘estándares’ que, suelen pregonar la doctrina y jurisprudencia, expresan una preferencia valorativa de las absoluciones a culpables por sobre las condenas a inocentes de un modo (muy) asimétrico y que, al mismo tiempo, se insertan en sistemas de valoración de SCR.⁵⁶ Esto es lo que hace la CPI y es en lo que nos centraremos en breve. Intentaremos empezar a elucidar allí el modo en que la CPI enfrenta los tres tipos de indeterminación a que se ha hecho referencia.

5. Los estándares probatorios en la jurisprudencia de la CPI

Hemos dicho que la CPI suscribe expresamente la tesis de la asimetría valorativa entre los errores en juego, hemos sugerido que lo hace de modo variable respecto de cada tipo de decisión a adoptar y hemos mostrado además que pretende decidir en virtud de las reglas de un sistema de valoración de SCR. Veamos entonces las resoluciones de la CPI a cuyo análisis se aboca el presente ensayo, de donde surgen esos compromisos con claridad. Esas resoluciones conciernen a tres tipos de decisión, vale la pena recordar:

- (i) el dictado de una orden de detención o de comparecencia ante la Corte, para lo cual se requieren, respecto del imputado, «motivos razonables para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte» (Art. 58 EdRo)
- (ii) la confirmación de cargos antes del juicio, que puede dictarse cuando la Sala considera que «existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa» (Art. 61 inc. 5 y 7 EdRo); y, por último,

⁵⁴ Entendida ahora estrictamente como ‘regla de juicio’. A este respecto es incluso usual la distinción entre dos reglas independientes, una relativa a la producción de la prueba (carga – o más precisamente ‘responsabilidad’ – acusatoria de la prueba) y otra relativa a la valoración de la prueba producida (*in dubio pro reo*). Sobre el punto CARRARA, 2004, p 425, FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005, p 139, FERRAJOLI, 2005, p 551, FERRER BELTRÁN, 2010, PAULESU, 2009, p 9-10.

⁵⁵ Solo por ofrecer algunos ejemplos al azar de la extracción del estándar *más allá de toda duda razonable*: el Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano lo exige en su Art. 359, al igual que el Art. 7. Ley 906, Código de Procedimiento Penal colombiano y el Art. 533.1 del Codice di procedurapenale italiano. En los Estados Unidos de América esta fórmula logró rango *constitucional* sin estar expresamente consagrada (véase fallo en ‘*Winship*’, USC 1970). Críticas a esta última forma de ver en LAUDAN, 2011b, LAUDAN, 2016, p 89-92 y 105-109. El EdRo, que es en definitiva el texto legal que más nos importa a los efectos de este trabajo, regula a la *presunción de inocencia* en el Art. 66 y establece: «Presunción de inocencia. 1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable. 2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado. 3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable».

⁵⁶ ‘Culpable’ e ‘inocente’ están siendo ahora utilizados en sentido ‘material’ sin presuponer ‘declaración de culpabilidad’ (cfr. LAUDAN, 2005).

- (iii) el dictado de una condena, para lo cual «la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable» (Art. 66 EdRo)

El primero de los ‘estándares’ mencionados es, en apariencia, menos exigente que el último, y ambos son al parecer más altos que la mera preponderancia de prueba. Progresivamente, del primero hasta el último, se aumentaría el grado de exigencia probatoria. A su vez, y como puede fácilmente advertirse, las incertidumbres explicadas ofrecen un amplio marco discrecional a la CPI, así como a cualquier otro tribunal en situaciones semejantes. Es en este marco, donde lleva a cabo la actividad interpretativa por la que justifica su decisión⁵⁷. La pregunta debe entonces ser ahora: ¿qué determina desde la perspectiva de la CPI, y acaso cualquier otro tribunal, cuál es la exigencia probatoria para cada caso o clase de casos? ¿Sobre qué recae esa exigencia? ¿Qué es lo que se exige más o menos? ¿Cuánta *prueba* exige cada uno de esos ‘estándares’?

a. El estándar de prueba para ordenar la detención de una persona o su comparecencia ante la CPI: los *motivos razonables para creer* (Art. 58 EdRo)

La Corte asume, por entender que es evidente, a partir de los términos utilizados en cada artículo, que para alcanzar este estándar⁵⁸ no debe requerirse un nivel de prueba como el que sería requerido para justificar una condena o incluso para formular una acusación.⁵⁹ Es decir, en sus

⁵⁷ Tres clases de decisiones interpretativas son las que aquí interesan: (i) cómo ‘traducirían’ la fórmula legislativa, (ii) qué exigencias impondría la norma producto de esa traducción (i.e. el estándar de prueba obtenido por vía interpretativa) y (iii) cuál sería la distribución del riesgo de error que esa norma refleja.

⁵⁸ El Art. 58 EdRo establecía, según vimos, que: “...en cualquier momento después de iniciada la investigación, la Sala de Cuestiones Preliminares dictará, a solicitud del Fiscal, una orden de detención contra una persona si, tras examinar la solicitud y las pruebas y otra información presentada por el Fiscal, estuviere convencida de que: Hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte [*reasonable grounds*]”. Cfr. ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009, “Omar Al Bashir”, § 28.

⁵⁹ Véase Corte Europea de DDHH (ECHR) Murray vs. Reino Unido, juzgamiento del 28 de octubre de 1994, Serie A no. 300-A, p. 27, 55. ICC-02/05-01/09-0a, 3 de febrero de 2010, “Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, SA, § 30. La CPI sostiene, para justificar su interpretación, que debe tomarse a modo de guía el estándar de sospecha razonable [*reasonable suspicion*] de acuerdo con la interpretación que de él han realizado la ECHR y la Corte Interamericana de DDHH. Este estándar guía está previsto en el Art. 5 (1) (c) de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y en el Art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (CADH). Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) DDHH, casos Bamaca Velasquez vs. Guatemala, “Juzgamiento”, 25 de noviembre November 2000, Serie C No. 70, paras. 138-144, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); Loayza-Tamayo vs. Peru, “Juzgamiento”, 17 de septiembre de 1997, Serie C No 33, §§ 49-55; y CIDH, Gangaram Pandray vs. Surinam, “Juzgamiento”, 21 de junio de 1994, Serie C, No. 16, §§ 46-51. También: ICC-01/04-01/06-8-Corr, § 12; ICC-02/05-01/07, 27 de abril de 2007, “Ahmad Harun y aukushayb”, § 28.; ICC-01/05-01/08, 10 de junio de 2008, “Jean-Pierre Bemba Gombo”, § 24.; ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009, “Omar Al Bashir”, § 32.; ICC-02/11-01/11, 30 de noviembre de 2011, “Laurent Koudou Gbagbo”, § 27; ICC-01/04-02/06, date: 13 de julio de 2012, “Bosco Ntaganda”, § 16. Afirma, remitiendo a esas interpretaciones: “... [t]ener una ‘sospecha razonable’ presupone la existencia de algunos hechos o información que pueda satisfacer a un observador objetivo de que la persona involucrada puede haber cometido el delito...”. Genera cierta perplejidad que el significado de un enunciado pretendidamente expresivo de un estándar de prueba remita a atribuciones de significado hechas sobre otros enunciados presuntamente expresivos de un estándar y que, a su vez, estos sean igualmente indeterminados, lo que deja problema del todo irresuelto. Ello, más allá de que no es claro en absoluto quién pueda ser un *observador objetivo* capacitado para resolver el problema.

palabras: no se requiere la certeza [*certain*] requerida en la etapa del debate oral.⁶⁰

Si los aspectos sobre los que versa el nivel de exigencia se vincularan exclusivamente a la solidez epistémica que debe exigirse a la inferencia, ellos podrían ser distinguidos de otros criterios: referentes a la relación y confrontación que puede existir entre distintas hipótesis alternativas y a qué es lo que requiere, sobre ese extremo, el estándar de prueba en cuestión.⁶¹ Un ejemplo puede verse en la decisión sobre la detención en el caso Maducumura, donde expresó:

... se necesita solamente establecer una conclusión razonable de que la persona ha cometido un delito de jurisdicción de la corte y que no se requiere que esa sea la única conclusión razonable que pueda extraerse de la prueba...⁶²

Esto indicaría que el estándar de suficiencia probatoria para detener es tolerante con la existencia de hipótesis alternativas razonables, en la medida en que la hipótesis de la acusación alcance una cierta solidez⁶³ y que sería erróneo considerar que el estándar se satisface solo si hay una única conclusión razonable posible, lo cual sería una exigencia propia del BARD:⁶⁴

... si la existencia de (...) la intención genocida es solo una de varias conclusiones razonables disponibles a partir del material provisto por la acusación no se habría alcanzado el estándar probatorio para el dictado de la orden de detención...⁶⁵

En su voto disidente a la primera decisión recaída en el caso Al Bashir, la Jueza Anita Ušacka sostuvo:

... una vez que se ha presentado evidencia suficiente a efectos de inferir razonablemente la intención genocida, uno puede considerarse satisfecho en relación con la presencia de motivos razonables para creer que esa intención genocida existe, a menos que se haya presentado también evidencia que torne irrazonable a la inferencia relativa a la intención genocida. Aplicar este estándar probatorio más bajo es, en mi opinión, consistente con la naturaleza preliminar del procedimiento en la etapa del dictado de una orden de detención.⁶⁶

Es evidente que para la CPI este presunto estándar de prueba no es, en última instancia, un criterio

⁶⁰ ICC-02/05-01/09-0a, 3 de febrero de 2010, "Omar Hassan Ahmad Al Bashir", § 31.

⁶¹ Pareciera que la corte genera ciertas reglas con potencialidad para analizar la refutabilidad, directa o indirecta, de las hipótesis, precisando cuándo puede sostenerse que una afirmación es falsa; o para evaluar cómo se afecta su grado de probabilidad por la confirmación de hipótesis derivadas o por la existencia o ausencia – eliminación – de hipótesis alternativas; o para establecer cómo influye en ello su coherencia, ya sea narrativa interna o externa, o su congruencia con el resto del conocimiento – o apoyo teórico – o su simpleza explicativa. Sobre la generación de reglas que van más o menos en esta orientación, véase PARDO, 2009.

⁶² ICC-01/04-02/06, date: 13 de julio de 2012, "Bosco Ntaganda", § 19.

⁶³ Es destacable la expresa mención a prueba por inferencias en ICC-02/05-01/09-0a, 3 de febrero de 2010, "Omar Hassan Ahmad Al Bashir", Cámara de Apelaciones § 39.

⁶⁴ ICC-02/05-01/09-0a, 3 de febrero de 2010, "Omar Hassan Ahmad Al Bashir", Cámara de Apelaciones, §33.

⁶⁵ ICC-02/05-01/09-0a, 3 de febrero de 2010, "Omar Hassan Ahmad Al Bashir", Cámara de Apelaciones § 32.

⁶⁶ ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009, "Omar Al Bashir", disidencia de la Jueza Ušacka, § 32-34.

para *selección* de una hipótesis y que solo requeriría de ‘ausencia de motivos que hagan irrazonable creer’, ya que podrá haber ‘motivos razonables para creer’ en hipótesis acusatoria aun cuando los haya para creer hipótesis alternativas. Bastaría con contar con criterios que permitan delimitar el grupo de las hipótesis razonables de las que no lo son. Pero ¿qué significa que cierto grupo de hipótesis son susceptibles de ser razonablemente creídas? ¿Es tanto como decir que se trata de hipótesis *posiblemente verdaderas*? Asumiendo por hipótesis que podemos delimitar el grupo de las hipótesis razonables ¿De dónde surge que *esa* es la exigencia que el estándar impone? ¿De dónde surge que se trata de una distinta? ¿Tiene la CPI algún argumento adicional a este respecto? Volveremos sobre esto más adelante.

b. El estándar de prueba exigido para dictar la confirmación de cargos: *pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer* (Art. 67 EdRo)

La CPI asume que para esta decisión se impone un mayor grado de exigencia que el requerido por el Art. 58 del EdRo. A su criterio, la fórmula a que se alude a fines de fijar el umbral⁶⁷ implicaría una valoración más estricta y exigente de la calidad, cantidad y variedad de la prueba necesaria para considerarlo satisfecho.⁶⁸ Su exigencia sería, de todas formas, menor a la decisión que determinará la condena o absolucón.⁶⁹

La CPI sostuvo⁷⁰ que el estándar debe ser definido como: ‘fuertes motivos para creer’ [*strong grounds for believing*], que se extraen – se infieren – a través de la valoración del conjunto probatorio «como un todo».⁷¹ Que la acusación debe ofrecer «... prueba concreta y tangible que demuestre una línea de razonamiento clara que respalde o apunte sus alegaciones específicas...»;⁷² y tomando como pauta interpretativa el diccionario de Oxford, expresó que «... el término “sustancial” – fundado – puede ser entendido como “significativo”, “sólido”, “material”, “bien construido”,

⁶⁷ En la versión en inglés del EdRo el estándar requiere que la Sala «determine whether there is sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person committed each of the crimes charged». La distancia entre el significado de los términos en sus traducciones, no sólo en este caso, genera complejidades adicionales. Especialmente en lo que hace a las interpretaciones estrictamente lingüísticas que realiza la Corte sobre los términos usados para definir el Edp. Esas complejidades no son sino un indicador más de la indeterminación de estos pretendidos estándares de prueba que, dada la pluralidad de lenguas en que se expresan las legislaciones relevantes en el ámbito que nos ocupa, asumen cierta peculiaridad.

⁶⁸ Basada en la determinación de la suficiencia de la prueba para alcanzar ese estándar, la CPI puede: (i) confirmar los cargos, (ii) no confirmar los cargos; o (iii) aplazar la decisión y requerirle a la Fiscalía (a) que considere proveer más prueba respecto de algún hecho o (b) modificar una imputación porque la prueba ofrecida parece probar un crimen que competencia de la Corte, pero distinto de aquellos por los que se acusó.

⁶⁹ Se asume que esta mayor exigencia indica una distribución del error que comenzaría a inclinarse en favor del imputado. Sin embargo, esa asunción no puede obviar que, al igual que el anterior, este estándar de prueba es susceptible de verse satisfecho aun cuando existan otras hipótesis razonables alternativas posibles que sean incompatibles con la culpabilidad del acusado y ambos parecen conducir a la misma e indeterminada conclusión.

⁷⁰ La CPI toma una vez más a la jurisprudencia de la ECHR como guía interpretativa, citando la sentencia *Soerin vs. Reino Unido* y la disidencia parcial conjunta del caso *Mamatkulov vs. Turquía*.

⁷¹ ICC-01/04-01/06-803-ten, 14 de mayo de 2007 1/157, “Thomas Lubanga Dyilo”, § 38.

⁷² ICC-01/04-01/06-803-ten, 14 de mayo de 2007 1/157, “Thomas Lubanga Dyilo”, § 39.

“real” por contraposición a “imaginario”». ⁷³ La satisfacción del estándar requiere prueba *suficientemente fuerte* para llevar al imputado a juicio: ⁷⁴

... el propósito de la etapa de confirmación de cargos está limitado a que se lleve a juicio sólo a aquellas personas contra las que se hayan traído cargos suficientemente convincentes, que vayan más allá de la mera teoría o sospecha. Este mecanismo está diseñado para proteger los derechos de defensa en contra de acusaciones equivocadas y completamente infundadas. ⁷⁵

En esa línea de pensamiento, ha sostenido que el espectro y propósito de esta etapa es limitado y que no debería ser vista como un mini juicio o un juicio antes del juicio. ⁷⁶ La función que debe cumplir el estándar es, entonces, proteger al sospechoso contra acusaciones erróneas y asegurar la economía judicial, al permitir distinguir entre casos que deberían ir a juicio de aquellos que no, ⁷⁷ sin entrar en un análisis prematuro y profundo sobre la culpabilidad del sospechoso. ⁷⁸ La CPI parece buscar el balance entre la importancia política y los costos que tiene cada uno de los propósitos que se asigna a esta etapa procesal, ⁷⁹ a partir de algo así como ‘reglas de segundo orden’ tendientes a delimitar la cantidad y variedad de pruebas que se requieren para satisfacer el estándar y, también, la calidad de esas pruebas en lo que hace a su credibilidad y fiabilidad. ⁸⁰

Por ejemplo, en el voto en disidencia en la decisión de confirmación de cargos del caso Katanga la Jueza afirmó que la carga probatoria sobre la Fiscalía es menor, ⁸¹ pero que no se releva a la Fiscalía de su deber de proveer prueba lo suficientemente sólida y que es deber de la Sala determinar si se encuentra debidamente satisfecho que la prueba presentada sobre cada elemento alcance el estándar legal requerido. ⁸² Sin embargo, no ha brindado una explicación de qué es lo que se requeriría para considerar satisfecho el estándar de prueba en cuestión.

⁷³ ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, “Jean-Pierre Bemba Gombo”, § 29.

⁷⁴ ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008, Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, §§ 62 a 64.

⁷⁵ ICC-01/04-01/06-803-ten, 14 de mayo de 2007 1/157, “Thomas Lubanga Dyilo”, § 37.

⁷⁶ ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008, Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, § 62 a 64; ICC -01/04-01/10, 16 de diciembre de 2011, “Callixte Mbarushimana”, § 41; ICC-02/05-02/09, 8 de febrero de 2010, “BaharIdriss Abu Garda”, § 38.

⁷⁷ ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, “Jean-Pierre Bemba Gombo”, § 28.

⁷⁸ ICC-02/05-02/09, 8 de febrero de 2010, “BaharIdriss Abu Garda”, § 40.

⁷⁹ Un ejemplo puede verse en el voto en disidencia del Juez SanjiMmasenonoMonageng en ICC -01/04-01/10, 16 de diciembre de 2011, “CallixteMbarushimana”, §§ 2, 3, 134.

⁸⁰ Por ejemplo: testimonios anónimos y prueba indirecta pueden ser suficientes para alcanzar un estándar menos exigente, como la confirmación de cargos pero no para una condena. Expresamente, en la confirmación de cargos del caso Bemba Gombo, la SCP expresó que el uso de testigos anónimos y de sumarios está permitido en esa etapa preliminar, particularmente porque el estándar de prueba es más bajo que el aplicable para la etapa de juicio ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, “Jean-Pierre Bemba Gombo”, § 50.

⁸¹ Como consecuencia de ello, la parte acusadora puede confiar en sumarios de declaraciones testimoniales en lugar de serle exigido la divulgación [*disclose*] de su totalidad; puede confiar completamente en prueba documental sin producir testigos ‘en vivo’ que podrían ser testeados por las partes.

⁸² Voto en disidencia de la Jueza Ušacka en ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008, Germain Katanga y MathieuNgudjolo Chui, § 2.

A propósito de dicha exigencia, en un voto disidente⁸³ se destacó la relevancia que tienen para esa valoración los propósitos que guían esa decisión y esa etapa procesal⁸⁴ y que uno de los objetivos es distinguir los casos que deben ir a juicio de los que no. Que la Sala no puede quedar satisfecha solo con la prueba que el Fiscal pretende como relevante y confiable,⁸⁵ y que debe darse oportunidad al ejercicio del derecho de defensa, procurando que no se estire demasiado la etapa o se transforme en un “juicio antes del juicio”. En ese balance, afirma, deben tenerse en cuenta las consecuencias de un juicio para la persona involucrada, y evitar una estigmatización pública innecesaria y un largo período de tiempo de juicio.

Parece haber un acuerdo, entonces, en que el estándar debe ser lo suficientemente robusto para evitar juicios innecesarios pero con la levedad necesaria para impedir la extensión excesiva de las etapas preliminares con limitaciones a los derechos del imputado. Pero ¿cuál es el umbral de suficiencia probatoria que realiza el juicio *justo* entre estos extremos?

c. El estándar de prueba requerido para dictar una condena: *más allá de toda duda razonable* (Art. 66 del EdRo)

En su interpretación sobre este pretendido estándar, la CPI expresó que la conclusión fáctica ha de entenderse como verdadera BARD cuando la Sala concluya, sobre la base de la evidencia, que solo hay una conclusión razonable que puede extraerse de ciertos hechos particulares.⁸⁶ Explicó, en esa oportunidad, que la suficiencia no puede quedar supeditada a dudas imaginarias o frívolas basadas en empatías o prejuicios. Debe basarse en la lógica y el sentido común y tener una vinculación [*link*] racional con la prueba, falta de prueba o inconsistencias en la prueba.⁸⁷ A fines de elucidar la entidad de este supuesto estándar, hace referencia, especialmente, a la exclusión o eliminación de hipótesis⁸⁸. La prueba BARD se obtendría cuando todas las hipótesis alternativas a

⁸³ El Juez Hans-Peter Kaul en ICC-01/09-01/11, 23 de enero de 2012, “William Samoeiruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua ArapSang”, §§ 53-57.

⁸⁴ Esta aclaración del Juez fue desarrollada en respuesta al requerimiento de la Fiscalía que pretendía que la SCP «...no se embarque en un examen profundo de la prueba, en particular sobre la fiabilidad y credibilidad de la evidencia presentada por la acusación. Sino que la Sala debería considerarla suficiente en la medida en que sea relevante, dejando cualquier análisis de la prueba a la Sala de Primera Instancia...». Voto en disidencia del Juez Tudge Hans-Peter Kaul en ICC-01/09-01/11, 23 de enero de 2012, “William Samoeiruto, Henry KipronoKosgey y Joshua ArapSang”, §55.

⁸⁵ ICC-01/09-01/11, 23 de enero de 2012, “William Samoeiruto, Henry KipronoKosgey y Joshua ArapSang”, § 57.

⁸⁶ Para mayor amplitud sobre el punto remitimos a CUMIZ, 2016.

⁸⁷ Obsérvese el modo en que estas afirmaciones fortalecen la atribución a la CPI del compromiso con un sistema de valoración de SCR al que antes se refirió.

⁸⁸ La Corte ha seguido en buena medida en su actividad interpretativa a la jurisprudencia de los Tribunales *Ad Hoc*. Véanse al respecto *Tadić*, ICTY A. Ch., 15 de julio de 1999, § 174; *Prosecutor vs. Stakić*, (IT-97-24), Appeal Judgment 22 de marzo de 2006, § 219; *Prosecutor vs. Ntagerura et al* (ICTR-99-46-A) Appeals Chamber, Judgment 7 de julio de 2006, § 306; *Krajišnik*, Trial Chamber, Trial Chamber Judgment 27 de septiembre de 2006, § 1196; *Galić*, Judgment 30 de noviembre de 2006, § 218; *Martić*, Judgment, 12 de junio de 2007, § 24; *Prosecutor vs. Seromba* (ICTR-2001-66-A) Appeals Chamber, Judgment 12 de marzo 2008, § 221; *Haradinaj et. al.*, Trial Chamber, Judgment 3 abril 2008, § 20; *Hadžihasanović y Kubura*, Appeals Chamber, Judgment 22 abril 2008, § 286; *Fofana y Kodewa*, (Civil Defence Forces), SCSL, Appeal Chamber, Judgment 28 mayo de 2008, § 200; *Boškoski y Tarčulovski*, Trial Chamber, Judgment 10 de julio de 2008, § 9; *Boškoski and Tarčulovski*, Appeals Chamber, Judgment 19 de

la de la culpabilidad *razonables* son excluidas.

... el test para la prueba BARD es que la prueba debe ser tal que excluya no toda hipótesis o posibilidad de inocencia, sino cada hipótesis racional o – *fair* – justa que pudiera ser derivada de la prueba, excepto la de la culpabilidad...

... un caso circunstancial consiste en la prueba sobre un número de circunstancias diferentes que, tomadas en combinación, apunta a la culpabilidad del acusado porque normalmente existen en combinación solo porque el acusado hizo lo que se alega en su contra. Esa conclusión debe ser establecida más allá de toda duda razonable. No es suficiente que sea una conclusión razonable disponible a partir de la prueba. Debe ser la única conclusión razonable disponible. Si hay otra conclusión que también puede quedar razonablemente abierta y que sea consistente con la inocencia del acusado, debe ser absuelto...⁸⁹

... cuando, basado en la prueba, haya una única conclusión razonable que pueda extraerse de los hechos particulares...⁹⁰

La falta de una mayor elaboración en la interpretación del estándar de prueba en cuestión fue una de las críticas de la Jueza Ušacka en su disidencia en la instancia de apelación,⁹¹ donde afirmó que el voto mayoritario no solo no definió ni explicó cómo entiende al estándar ni cuáles son las exigencias concretas que de él se derivan, sino que impuso una condena aun sin haberse alcanzado el nivel probatorio que, a su entender, el estándar requería.⁹²

La jueza pretendió suplir esa deficiencia procurando enmarcar y explicitar las exigencias del estándar probatorio, sobre el que ya había expresado⁹³ que es su exigencia para condenar que haya

mayo de 2010, §§ 99 and 271; *Prosecutor vs. Sesay et. al.*, (*Revolutionary United Front*), SCSL, T. Ch. I, Judgement 2 de marzo de 2009, § 499; *Dragomir Milošević*, Appeals Chamber, Judgement 12 de noviembre de 2009, § 20; *Prosecutor vs. Popović et al.*, (IT-05-88-T), Trial Chamber, Judgment 10 de junio de 2010, § 12; *Prosecutor v. Rukundo* (No. ICTR-2001-70-A), Appeals Chamber, Judgement 20 de octubre de 2010, para. 235; *Hategekimana*, Trial Chamber II, Judgement 6 de diciembre de 2010, § 97.

⁸⁹ *Delalić et al.*, ICTY A. Ch., 20 February 2001, para. 458

⁹⁰ ICC -01/04-01/06, 14 de marzo de 2012, “Thomas Lubanga Dyilo”, § 111; ICC-01/04-02/12, 18 de diciembre de 2012, “Mathieu Ngudjolo”, § 71.

⁹¹ Ver su voto disidente dictado en la resolución de la Sala de Apelaciones que, con voto mayoritario de los restantes jueces, confirmó la condena impuesta en primera instancia en ICC-01/04-01/06 a 5, 1 de diciembre de 2014, “Thomas Lubanga Dyilo”, § 32. Expresó allí que “... el estándar solo fue abordado en una línea, bajo el título “carga de la prueba”, indicando solamente que para una condena cada elemento del delito particular por el que se acusa debe estar establecido BARD...”. La jueza destacó que aun cuando pueda haber una dificultad intrínseca en definir el estándar BARD en abstracto, dado que al parecer La Sala ha utilizado un estándar mucho menor, en este caso, hubiera sido útil que articulara con mayor claridad qué es lo que, desde su punto de vista, requiere el estándar.

⁹² Ante esa observación, vehiculiza su reclamo cuestionando la falta de explicitación por parte de los jueces respecto de cuáles eran las exigencias que, entendían, imponía el estándar. Pareciera que, desde la visión de la Magistrada, de haberse hecho explícitas esas exigencias se hubiera puesto en evidencia que, en efecto, se flexibilizó o se redujo el nivel realmente requerido para satisfacerlo o no hubiera podido justificarse que la prueba presentada era suficiente para acreditar los hechos BARD.

⁹³ Ya este tema fue abordado por la Magistrada en ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009, “Omar Al Bashir”, disidencia de la Jueza Ušacka, § 32-34.

una única conclusión razonable,⁹⁴ si no habrá que absolver forzosamente⁹⁵ ya que debe otorgársele siempre el beneficio al acusado en cualquier duda sobre la prueba de la culpabilidad.⁹⁶ Sin embargo, de las consideraciones que ha emitido sobre el estándar de prueba, no resulta claro en absoluto cuáles pruebas sí justificarían tener por probado los hechos en disputa *a la luz de la decisión a adoptar*.

Algunos otros puntos importantes sobre la interpretación y pretendida definición de este estándar pueden verse en la disidencia en el veredicto del caso Katanga, donde se trata lo relativo a qué cantidad y calidad de prueba debe exigirse y al rigor con el que debe evaluarse, como a la posibilidad de efectuar otras lecturas alternativas razonables de la prueba que apoyen la no culpabilidad del acusado.⁹⁷ Se afirmó en ese voto que no se había cumplido con las exigencias del umbral probatorio y que restaban innumerables puntos en los que era posible brindar explicaciones alternativas razonables de las pruebas presentadas.

En ese sentido sostuvo, intentando precisar la definición del estándar de prueba BARD, que

... no existen controversias respecto a que la Sala sólo puede confiar en la versión inculpativa de los eventos si todas las explicaciones alternativas pueden ser rechazadas por ser irrazonables...

y que no es suficiente con no estar convencido con las hipótesis sobre la no culpabilidad sino que

... la Sala debe explicar convincentemente por qué la explicación alternativa es considerada irrazonable...

La Magistrada expresó que

... la defensa no tiene ninguna carga probatoria al respecto (...) A menos que la Defensa oponga una explicación que sea patentemente absurda, es tarea de la Fiscalía refutarla. Más aún, es obligatorio para cualquier TC demostrar que ha considerado cuidadosamente las explicaciones exonerantes de la prueba y que ha tenido muy buenas razones para rechazarlas por irrazonables...⁹⁸

⁹⁴ ICC-02/05-01/09-0a, 3 de febrero de 2010, "Omar Hassan Ahmad Al Bashir", § 33. ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009, "Omar Al Bashir", § 159.

⁹⁵ ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009, "Omar Al Bashir" I, § 31, ver nota 53. Esa misma posición fue sostenido por el Tribunal *Ad hoc* para Ruanda en ICTR, *Prosecutor vs. Karera* (ICTR-01-74-A), Appeals Judgment, 2 de febrero de 2009, § 34.

⁹⁶ La jueza criticó especialmente los defectos de fiabilidad en los testimonios indirectos y una falta de justificación en los razonamientos de la Sala de Primera Instancia respecto de cómo llegó a esas conclusiones sobre la base de la prueba presentada. A su entender todo esto no hace más que aumentar las dudas, ya que no está claro, en forma concreta, en qué prueba confiaron y qué peso se le otorgó. Por esas razones entendió que el elemento requerido por el delito no había sido establecido a la altura del estándar BARD.

⁹⁷ ICC-01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, "Germain Katanga", Disidencia de Van den Wyngaert, § 133,134

⁹⁸ ICC-01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, "Germain Katanga", Disidencia de Van den Wyngaert, §§ 145,146, 147.

En primer término, consideró que la mayoría no había cumplido con su propio precepto respecto de que la prueba indirecta solo puede servir como prueba BARD cuando la inferencia incriminante sea la única razonablemente posible.⁹⁹ En segundo lugar, cuestionó la completa ausencia entre los medios de prueba del testimonio de aquellas personas que realmente estuvieron en el centro de los sucesos al momento de los hechos, lo que crearía –a su entender– la impresión de que hay información esencial faltante sobre los eventos ya que las conclusiones obtenidas sobre la base de prueba tan incompleta son inherentemente frágiles e inciertas y no pueden satisfacer el estándar de prueba BARD.¹⁰⁰ En tercer lugar, cuestionó la valoración de la prueba testimonial y el rigor con el que debe evaluarse la credibilidad de un testigo. De todo lo dicho, colige la Jueza que, a partir de la prueba presentada en el proceso, podían inferirse explicaciones alternativas razonables alternativas a la de culpabilidad del acusado. En su opinión, muchas de las conclusiones fácticas de la mayoría eran especulaciones no debidamente justificadas «...plausibles, tal vez, pero que ciertamente no son las únicas las razonables...».¹⁰¹

Ahora bien, en el marco de esos desacuerdos se presenta un denominador común como criterio determinante, al menos en parte, de la suficiencia (o falta de ella) de las pruebas para tener por ciertos los hechos por los que se acusa. Se trata del recurso a cuestiones vinculadas con características particulares de los delitos que son competencia de la CPI. En el citado voto en disidencia, por ejemplo, se sostuvo que si bien investigar crímenes cometidos en una zona de guerra no es una tarea sencilla y que en el proceso se habían evidenciado numerosas dificultades en la investigación del caso, eso no significa que deba disminuirse la exigencia del estándar de prueba o ser más flexible en la valoración de la misma. Se destacaba incluso que ante esas circunstancias debería extremarse la precaución en su evaluación.¹⁰² En el voto mayoritario, en cambio, al tratar lo relativo a las críticas que la Jueza dirigía a la calidad de la prueba presentada, se enfatiza la necesidad de efectuar una distinción entre el rigor necesario que debe mostrarse en la valoración de la credibilidad y fiabilidad de los testigos y una excesiva rigidez en la apreciación de la prueba. Esto último resultaría incompatible con las funciones del juez, en general, y en los casos que son competencia de la CPI, en particular. En el caso bajo consideración los Magistrados que integran la mayoría destacaron el clima de guerra y permanente inseguridad que durante años se ha vivido en el distrito que fuera escenario de los hechos. Remarcaron que esa situación ha sido causa de genuinas dificultades para la memoria de los testigos en lo que hace a fechas y lugares, a pesar de lo que han podido hablar creíblemente de lo sucedido en los hechos que fueron materia de acusación y que constituyen el corazón del procedimiento. En ello se apoya la condena.¹⁰³

El tema del nivel de exigencia concreto que debe emanar del estándar de prueba BARD, sería retomado por la Jueza Ušacka en su disidencia en la Apelación de la Condena impuesta a Thomas

⁹⁹ ICC-01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, “Germain Katanga”, Disidencia de Van den Wyngaert, § 147.

¹⁰⁰ ICC-01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, “Germain Katanga”, disidencia de Van den Wyngaert, § 148, 149.

¹⁰¹ ICC-01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, “Germain Katanga”, disidencia de Van den Wyngaert, § 173,174,204

¹⁰² ICC-01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, “Germain Katanga”, § 142

¹⁰³ ICC-01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, “Germain Katanga”, § 5

Lubanga. Ella expresó que

... se ha sugerido que, en los tribunales internacionales, el estándar más allá de toda duda razonable encuentra presiones que no son conocidas en las jurisdicciones nacionales y que la tendencia en la práctica ha sido emplear un estándar variable y, a veces, más bajo. Esta tendencia a relajar el estándar probatorio en el contexto internacional y a aplicar, en la práctica, uno menor al utilizado en el nivel nacional es inconsistente con el texto expreso del marco legal aplicable (...) si las exigencias de las investigaciones internacionales requieren la aplicación de un estándar más bajo, el curso de acción apropiado sería enmendar el derecho aplicable, en lugar de transformar el alto umbral requerido para establecer la responsabilidad criminal en mera palabrería, mientras “de facto” se aplica un estándar menos exigente.¹⁰⁴

Ahora bien, aunque ambas juezas sostienen que no había prueba BARD en ninguno de los casos de que se ocupaban, respectivamente, ninguna de ellas logra expresar bajo qué criterio objetivo podríamos considerarlo satisfecho, pues no es claro en absoluto que la *razonabilidad* o no de las hipótesis alternativas que es posible imaginar a la luz de las pruebas sea una cuestión objetiva y resoluble por medio del recurso a criterios epistémicos. Plantear el desacuerdo alegando que la falta de satisfacción del BARD (según el juzgamiento de cada parte) implica renunciar a *ese* estándar y emplear indebidamente uno más bajo parece ser no más que una herramienta retórica que solo oculta la real entidad de la disputa. Veremos a continuación qué es lo que realmente se esconde detrás de estos desacuerdos.

6. *Suficiencia e insuficiencia probatoria en el CPI: los estándares de prueba a merced de la ponderación de principios*

Parece a estas alturas indiscutible que la CPI suscribe contemporáneamente tres tesis relativas a la prueba de los enunciados fácticos en la decisión judicial:

- (i) El sistema de valoración de la prueba en vigor es, y debe ser, el de la SCR.
- (ii) Los errores que es posible cometer al decidir (falsos positivos y falsos negativos) deben ser tratados asimétricamente. Específicamente, debe considerarse más grave la condena (o coerción) a inocentes que las absoluciones (o ausencia de coerción) a culpables teniendo en cuenta la especial entidad de los delitos juzgados y las circunstancias en que se cometen.
- (iii) La distribución asimétrica debe hacerse por medio de *estándares de prueba* acordes al sistema de valoración de SCR (habiendo al menos tres de ellos, uno para cada uno de los tres tipos de decisión analizados).

A pesar de la insistencia en recurrir a disposiciones y fórmulas como las hasta ahora traídas a

¹⁰⁴ ICC-01/04-01/06 a 5, 1 de diciembre de 2014, “Thomas LubangaDyilo”, disidencia de la jueza Ušacka, § 33. La Jueza cita a COMBS, 2010.

colación, la empresa de circunscripción de los tres tipos de indeterminación aludidos se ha mostrado reticente a lo largo y ancho de todos los ordenamientos jurídicos. La proscripción de una condena ante la duda o la duda razonable, nada dice con respecto al criterio de suficiencia auténticamente *epistémico* ni sobre la distribución del (riesgo de) error debida. Ciertamente, esa fórmula y todas las emparentadas (el *in dubio pro reo*, por ejemplo) pueden ser entendidas de varios modos diversos, quizás alguno de ellos conducente a los resultados adecuados. En uno de sus primeros ensayos en la materia Laudan ponía de manifiesto la radical indeterminación interpretativa relacionada con el BARD en la jurisprudencia de los Estados Unidos.¹⁰⁵ Un problema adicional con esas pautas interpretativas, tal como Laudan sugiere, es que remiten a estándares donde la suficiencia se identifica con estados subjetivos de quien juzga. Como hemos dicho, esto conduce al abandono del sistema de valoración de la SCR para pasar, conscientemente o no, a uno de íntima convicción. En un sistema de SCR o en uno legal estandarizado, ni la presencia ni la ausencia de esos estados subjetivos podría determinar que un enunciado fáctico esté *probado*.¹⁰⁶ La CPI se esfuerza especialmente por no caer en un entendimiento subjetivista de los estándares, o al menos insiste en la necesidad de decidir sobre la base del peso epistémico de la prueba.

En apariencia, la CPI resuelve la indeterminación *interpretativa* del BARD (y de los demás estándares por remisión al BARD) aunque, a decir verdad, se trata de una apariencia bastante superficial: pues se traduce al BARD como ‘ausencia de toda hipótesis alternativa razonable’. En este sentido, hemos visto que no hay acuerdo en absoluto acerca de cuáles hipótesis contemporáneas son *razonables* y cuáles no lo son; de cuántas pruebas y de qué modo satisfacen la exigencia de refutación de toda otra hipótesis *razonable*. Esto nos conduce al punto más importante de nuestra indagación: ¿qué es lo que subyace a esas distintas pretensiones de satisfacción del estándar? ¿de qué tipo de desacuerdo se trata?

En términos generales podría decirse que lo peculiar en los resolutorios de la CPI es que ella parece lograr *unificar* las tres indeterminaciones antes aludidas y hacerlas operar conjuntamente. Esto se debe, al menos, a las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la *razonabilidad* de las hipótesis alternativas sobre cuya base se (re)define al BARD parece entenderse en ocasiones como un criterio flexible a sopesar en cada caso investigado y susceptible de decisión. De modo que la suficiencia probatoria ‘más allá de toda duda razonable’ no sería la misma *en todos los casos*, y ello dependería de variadas circunstancias, como el contexto social o territorial donde se han producido los delitos o donde se llevó a cabo la investigación, ya

¹⁰⁵ Sobre todas estas interpretaciones/traduccioness y los problemas que cada una conlleva véase especialmente LAUDAN, 2011b.

¹⁰⁶ Ferrer Beltrán ha sostenido que ‘duda’ puede entenderse en al menos tres sentidos: (i) como estado psicológico excluyente de los otros estados antes referidos; (ii) como imposibilidad racional de certeza y (iii) como contrario *asuficientemente probado*. Dado que (i) conduce a los problemas aludidos al hablar de prueba como mera persuasión y que (ii) conduciría a que ningún enunciado fáctico pueda considerarse probado jamás (dado que esas dudas son insoslayables ante razonamiento aproximativos), entonces solo resta (iii). Pero entonces, la ‘ausencia de duda’ es función del estándar de prueba (y no al revés), de modo que la presunción de inocencia y sus reglas derivadas son compatibles con diversos estándares, presuponiendo alguno, pero siendo insignificantes para determinarlo (FERRER BELTRÁN, 2010, p 285-295).

sea por ser escenarios de conflictos bélicos o por las complejidades probatorias que se produzcan en cada caso, e.g. por la muerte o desaparición de ciertos testigos, o por su reticencia a prestar declaración, o por dificultades para hallar documentación particular o institucional vinculada a los hechos o a las personas involucradas. En este orden de ideas, pareciera que el juicio moral a la luz del cual evaluar la suficiencia probatoria es en sí mismo variable. Aun cuando hubiera objetividad en el razonamiento moral y en las conclusiones que por su intermedio se alcancen, esta asunción 'particularista' pareciera indicar que el juicio moral que refleja el límite de suficiencia epistémica identificado con un cierto estándar (el BARD, por ejemplo) en un cierto caso, no tiene por qué ser el mismo que el juicio moral que refleja el límite de suficiencia identificado con ese mismo estándar en otro caso. Ya no se tratará tan solo de que la suficiencia probatoria variará de acuerdo con el juicio moral que ciertos decisores identifiquen con una fórmula expresiva de un estándar. Pareciera que, además de eso, los jueces y juezas pueden alterar el juicio moral distributivo del riesgo de error de caso a caso.¹⁰⁷

La segunda es, de todos modos, la consideración más sugestiva respecto de los estándares de prueba en la jurisprudencia de la CPI. Esta consideración concierne al *sitio* en que se ubica la discusión acerca de la suficiencia probatoria, esto es, al *ámbito* dentro del cual se sitúa a la argumentación sobre cuál ha de ser el límite de suficiencia probatoria y cuál el juicio de distribución del riesgo de error que ese límite ha de reflejar en cada caso particular. En este orden de ideas, CPI sostuvo en la confirmación de cargos del caso Bemba Gombo que:

La naturaleza de estos límites probatorios depende de cada etapa diferente del procedimiento y es además consistente con el impacto previsible de la decisión en cuestión en los derechos fundamentales de la persona acusada.¹⁰⁸

Al hacer una alusión de este tipo la CPI parece autolimitar el campo de discrecionalidad que se abriría si ella hubiera de efectuar, en cada caso, el juicio moral de distribución del riesgo de error a fin de determinar cuál es el límite de suficiencia probatoria adecuado al estándar que intenta elucidarse. En contraste, la Corte dice que el modo de resolver la cuestión consiste en verificar cuáles son los derechos fundamentales de las personas posiblemente afectadas y ponderarlos a fines de *descubrir* cuál es el límite de suficiencia probatorio y cómo se distribuye, en consecuencia, el riesgo de error. Como se adelantó, esto parece reconducir la argumentación relativa a los tres tipos de indeterminación antes puestos bajo consideración respecto de los estándares de prueba (i.e. la interpretativa, la epistémica y la evaluativa) a un ámbito concreto, a saber: el de la *ponderación de principios*. Abordar minuciosamente este ámbito de argumentación excede por mucho las posibilidades de este trabajo, pero algún comentario puede resultar ilustrativo para elucidar el modo en que se produce esa aludida reconducción.

Se asume a menudo que los ordenamientos actuales contienen un núcleo de postulados normativos fundamentales de raigambre moral. Esos postulados suelen identificarse como los *principios* del

¹⁰⁷ ... el contexto que rodea al delito por el que es acusada una persona puede legítimamente influir en nuestra visión sobre cuánta duda es tolerable en un determinado caso... (COMBS, 2010, p 356).

¹⁰⁸ ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, "Jean-Pierre Bemba Gombo", § 27

ordenamiento, por contraposición a las reglas estrictas.¹⁰⁹ Así, todo ordenamiento

... suele contener una apelación implícita o explícita a ciertos valores y principios morales y políticos como fundamento del orden jurídico, de forma tal que puede decirse que el derecho “incorpora”, o “se abre a”, esos valores.¹¹⁰

Toda norma jurídica que no se corresponda con los principios fundamentales de un ordenamiento es juzgada como materialmente inválida. Frente a esto, una de las características de los principios que establecen derechos fundamentales es el modo en que se resuelven los casos de colisión entre ellos. A diferencia de las normas, cuyas colisiones se resuelven en la pérdida de validez de una de ellas, los principios no pierden validez cuando contrastan con otros principios de igual jerarquía suprema. El procedimiento para resolver estas colisiones suele denominarse hoy en día *ponderación*.¹¹¹ Cuando un principio resulta victorioso sobre otro en un cierto caso, este último no pierde validez ni es excluido en modo alguno del ordenamiento. Lo único que ocurre es que el primero es *preferido* a la luz del caso o clase de casos a resolver. En este orden de ideas, la ponderación se da dentro de una deliberación que, a muy grandes rasgos, podría considerarse de carácter *interpretativo*. Una ponderación termina por establecer una determinada configuración de las normas que componen el ordenamiento.

Visto que la CPI, en virtud de su especial naturaleza, es quien determina la configuración de las normas supremas del ordenamiento dentro del cual decide, es ella quien *ponderará* a los principios en juego en cada caso que deba resolver. Sobre la base de esto, resolverá cuáles normas son válidas y cuáles no al momento de resolver la *quaestio iuris*, i.e. al momento de decidir acerca del derecho a aplicar. En sistemas de control de constitucionalidad difuso la cuestión no es muy diferente.

Si nos centramos en lo que a la suficiencia probatoria concierne, cuando la CPI establece un juicio de preferencia de un principio sobre otro a efectos de determinar cómo ha de entenderse ese límite de suficiencia probatoria en el caso de que se trate, lo que estará haciendo es fijar, para el caso, una jerarquía axiológica. Estará decidiendo cómo encajar a los valores en juego. Esto reconduce, una vez más, a cuestiones de meta-ética que no pueden ser abordadas aquí. Lo importante es destacar que la posibilidad de decir que hay respuestas correctas y cierta objetividad en la ponderación y sus resultados parece depender de que contemos con parámetros objetivos de corrección moral. Pero aun cuando los hubiera, difícilmente pueda hoy decirse que jueces y juezas, ni persona alguna, *conozca* cuál es la moral objetiva, cuál es la configuración y conjugación adecuada de los derechos fundamentales, si es que la hay. Esto es especialmente evidente allí donde, como en los tribunales y en nuestras comunidades en general, no hay siquiera una moral social compartida.¹¹² De hecho,

¹⁰⁹ No es necesario aquí ingresar en la distinción entre reglas y principios. Véanse sobre el particular, con distintas visiones, DWORKIN, 2013 [1977], ALEXY, 1994, ALEXY, 2008, ATIENZA, 2005, ATIENZA & RUIZ MANERO, 1996, PINO, 2009, DWORKIN, 1986.

¹¹⁰ LAPORTA, 2007, p 199.

¹¹¹ Para algunas discusiones sobre el particular, además de las referencias precedentes, MORESO, 2002, CELANO, 2002, MANIACI, 2002, PRIETO SANCHÍS, 2003, MORESO, 2006, CELANO, 2006, MARTÍNEZ ZORRILLA, 2007, MORESO, 2007, ATIENZA, 2010

¹¹² En esta orientación, véase COMANDUCCI, 1998. Cfr. sobre las nociones de moral social y crítica y sus respectivas interacciones NINO, 1994, p 46, NINO, 1989, p 92.

tal como hemos visto, si la suficiencia probatoria BARD refleja una ponderación entre derechos fundamentales, no parece haber acuerdo ni siquiera dentro de la CPI. Frente a esto, si uno considera, en contraste, que las fijaciones de jerarquías axiológicas son de carácter subjetivo, entonces tendrá que reconocer que la fijación de estándares de prueba a la luz de esta concepción, i.e. , como casos específicos de ‘concretización’ de principios,¹¹³ terminará por ser, como dice Guastini, «fruto de “libre” creación de los intérpretes». Se tratará entonces de una fijación que

... no es absoluta, no vale de ahora y para siempre. Al contrario, ella es flexible, móvil, inestable: depende del caso bajo discusión.¹¹⁴

Obsérvese que de entre los postulados a ponderar a efectos de determinar si la prueba es suficiente a la luz del BARD *en cada caso*, algunos surgían en modo cristalino de la jurisprudencia de la CPI, así como los desacuerdos acerca del modo de balancearlos o ponderarlos. Por ejemplo, en ocasiones se ha aludido a la necesidad de que el límite de suficiencia sea sensible al deseo de poner los eventos históricos *on the record* en la agenda de la discusión política internacional, así como también al propósito de luchar contra la impunidad.¹¹⁵ Como contrapeso, la Jueza Ušacka hizo una referencia explícita a su expectativa de que la exigencia de prueba tienda a preservar la justicia [*fairnes*] del proceso, que se encuentra en el corazón de la persecución criminal, la cual no debería ser sacrificada en favor de otorgar presencia y reconocimiento o poner en la agenda de discusión a esos eventos históricos.¹¹⁶ Otros ejemplos han sido mencionados al abordar las decisiones sobre confirmación de cargos, cuando se identificaron los propósitos que los jueces adjudican a la decisión sobre el cierre de la etapa procesal de investigación: por un lado, evitar que se lleve a juicio a una persona en procesos que, a su entender, no poseen respaldo probatorio suficiente y evitar, así, juicios innecesarios y, por otro lado, impedir la extensión excesiva de las etapas preliminares y que se transformen en un “juicio antes del juicio”. Ahora bien, no hay ninguna razón para pensar que estos son los únicos principios con (potencial) relevancia en casos futuros, ni que la ponderación entre ellos vaya a resultar estable.

En ese sentido, la exigencia de justificación funciona, en el mejor de los casos, como una herramienta que obliga a los jueces y juezas a hacer explícitas esas cuestiones evaluativas al inclinarse por una u otra definición del estándar, pero ni la identidad de los valores relevantes ni mucho menos el modo en que ellos se conjugan, ponderan y concretizan está predeterminado ni es objetivamente determinable. Ergo, tampoco lo están los estándares de suficiencia probatoria.

7. *A modo de conclusión*

Este peculiar modo de entender a la determinación de los límites de suficiencia probatoria por parte de la CPI – i.e. por remisión a la ponderación de principios o a consideraciones relativas a

¹¹³ Véase GUASTINI, 2018a, p 301-302.

¹¹⁴ GUASTINI, 2018a, cap. IV, § 4 de la cuarta parte. Véase también MORESO, 2017.

¹¹⁵ ICC-01/04-01/06 a 5, 1 de diciembre de 2014, “Thomas Lubanga Dyilo”, disidencia de la Jueza Ušacka, § 79.

¹¹⁶ ICC-01/04-01/06 a 5, 1 de diciembre de 2014, “Thomas LubangaDyilo”, disidencia de la Jueza Ušacka, § 42

derechos fundamentales – conlleva algunas consecuencias que deben ser resaltadas.

En primer lugar, lo que se mostraba como el espacio paradigmático del razonamiento *teórico* dentro de la justificación de la decisión judicial (i.e. el de la prueba de los hechos) queda cooptado, también, por el razonamiento *práctico*. En la visión de la CPI, concretamente, lo que los jueces han de justificar es por qué *ponderan* a los principios en juego de tal o de cual modo y, en consecuencia, por qué fijan el límite de suficiencia en ese punto, distribuyendo el riesgo de error del modo en que lo hacen. Esto no quiere decir que la deliberación epistémica y el razonamiento teórico pierdan todo espacio. Lo que indica es que la determinación de la suficiencia epistémica para la adopción de una determinada decisión es una decisión *derivada* de una ponderación de principios fundamentales: la suficiencia de lo que es genuina prueba *para el caso* (i.e. de las razones epistémicas o teóricas con que se cuenta) es función de una previa ponderación de principios, un previo razonamiento práctico. Desde que la CPI reconduce la determinación de los límites de suficiencia probatoria a la ponderación de principios relativos a derechos fundamentales en cada caso, habrá reconducido la discusión sobre la suficiencia probatoria, aquella sobre la adecuada distribución del riesgo de error y la relativa al significado de las fórmulas que expresan estándares a un mismo ámbito argumentativo. De aquí el colapso, al menos parcial, entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*.

En segundo lugar, si es verdad que ese ámbito argumentativo se resuelve en juicios de preferencia inestables y subjetivos, alterables en cada caso de acuerdo con las complejidades de los delitos o de la investigación, los valores en juego y el modo en que los intérpretes los sopesen; entonces los estándares de prueba adolecerán de la misma inestabilidad y subjetividad.¹¹⁷ Un indicador de esta situación está, justamente, en el trasfondo de los desacuerdos entre jueces sobre si el estándar a aplicar ha de considerarse satisfecho o no. Estos desacuerdos podrían ser de varios tipos. Por ejemplo, podría desacordarse acerca de cuál es la disposición normativa relevante a que acudir en busca del umbral de suficiencia a los fines de adoptar la decisión de que se trate; podría desacordarse acerca de cuál es el significado a asignar a la disposición normativa (si ella fue ya determinada); etc. Sin embargo, tal como surge de la jurisprudencia analizada, las disputas pueden muy bien darse incluso habiendo acuerdo respecto de esas cuestiones: los desacuerdos más relevantes serán aquellos relativos a la distribución del riesgo de error *en el caso*, desacuerdos que se manifiestan porque al tiempo que algún juez o jueza considera que la prueba habida (y muchas veces valorada también concertadamente) es suficiente para tener por probado al enunciado, otro u otra jueza sostienen que no es así.¹¹⁸ Esas disputas reenviarán a distintas concepciones sobre cómo se conjugan los valores en juego y cómo se ponderan los llamados derechos fundamentales.

¹¹⁷ Por cierto, como se dejó entrever antes, no es en absoluto pacífico que la ponderación se resuelva en juicios de preferencia y que estos sean eminentemente subjetivos y carentes de criterios de corrección (cfr., por ejemplo, ATIENZA, 2010). No es posible profundizar sobre este punto aquí.

¹¹⁸ Un modo de entender a estos desacuerdos es como disputas sobre los «enunciados subsuntivos» en abstracto y en concreto, respectivamente (véase GUASTINI, 2018b). En este sentido, determinar si un conjunto de elementos de prueba x o una hipótesis con las características p, q, r , califican como instancias del supuesto más abstracto S que define al estándar de suficiencia, constituye un acto de subsunción. Según vimos, las razones que según la CPI deben guiar una subsunción tal se remontan a una adecuada ponderación de los derechos fundamentales en juego y, así, a un razonamiento de tipo moral.

Todo indica que se trata, al fin y al cabo, de desacuerdos *morales*, con todo lo que ello implica.¹¹⁹ En tercer lugar, de conformidad con la tesis de la interdependencia del estándar probatorio y el sistema de valoración de la prueba, lo dicho acarrea una consecuencia adicional. En efecto, diga lo que diga la CPI (o cualquier otro tribunal en circunstancias semejantes), si la determinación de la suficiencia probatoria (i.e. del estándar de prueba) es producto de una ponderación de principios caso a caso (o de clase de casos a clase de casos) por parte de quienes son llamados a decidir si un enunciado está o no probado, hay un sentido crucial en que se habrá abandonado el sistema de valoración de la SCR, incluso en su versión estandarizada. Esto así aun cuando, como se dijo, quede espacio para la deliberación epistémica genuina. En este orden de ideas, a menos que alguien asuma que hay criterios objetivos para ponderar principios fundamentales o, más aún, que hay una moral objetiva en virtud de la cual se concretan esas ponderaciones; habrá que reconocer que el límite de suficiencia probatoria queda relegado en todos los casos a la *íntima convicción*. Esa íntima convicción no será, sin embargo, acerca de los contenidos proposicionales de los enunciados fácticos relevantes, sino acerca de contenidos axiológicos: será relativa a la corrección de la ponderación en cuestión respecto de los derechos fundamentales pretendidamente afectados.¹²⁰

8. *Tabla de jurisprudencia citada*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrados Ponentes</i>	<i>Partes</i>
CPI, SCP I, 27.04.2007	ICC-02/05-01/07	Erkki Kourula, Sang-Hyun Song Ekaterina Trendafilova Daniel David Ntanda Nsereko Joyce Aluoch	Situación en Darfur, Sudán, caso del fiscal vs. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) y Ali Muhammad Al Abd-al-rahman (“au kushayb”) “decision on the prosecution application under article 58(7) of the statute”.
CPI, SCP I, 14.05.2007	ICC-01/04-01/06-803-ten	Clude Jorda, Presing Judge Akua Kuenyehia Silvia Steiner	Situación en la República Democrática del Congo en el caso del fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo, “decision on the confirmation of charges”.
CPI, SCP III, 20.06.2008	ICC-01/05-01/08	Fatoumata Dembele Diarra, Hans-Peter Kaul	Situación en República de África

¹¹⁹ Véanse, por ejemplo, LUQUE SÁNCHEZ & RATTI, 2012, RATTI, 2013, RAPETTI, 2017, MORESO, 2017, RAPETTI, 2018, VILLA, 2017.

¹²⁰ Como podrá apreciarse: esta conclusión depende de la posición que se adopte respecto de las cuestiones a las que se hacía referencia en la nota precedente.

		Ekaterina Trendafilova	Central, "decision on the prosecutor's application for a warrant of arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo".
CPI, SCP I, 30.09.2008	ICC-01/04-01/07	Akua Kuenyehia Anita Usacka Sylvia Steiner	Situación en la República Democrática del Congo en el caso del fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, "decisión de confirmación de cargos".
CPI, SCP I, 04.03.2009	ICC-02/05-01/09	Akua Kuenyehia Anita Usacka Sylvia Steiner	Situación en Darfur, Sudan; caso del fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"): "decisión sobre la solicitud de la fiscalía de una orden de arresto contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir".
CPI, SCP II, 15.06.2009	ICC-01/05-01/08	Ekaterina Trendafilova Hans-Peter Kaul Cuno Tarfusser	Situación en República de África Central en el caso del fiscal vs. Jean-Pierre Bemba Gombo, "decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the rome statute on the charges of the prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo".
CPI, SA, 3.02.2010	ICC-02/05-01/09- oa	Erkki Kourula Sang-Hyun Song Ekaterina Trendafilova Daniel David Ntanda Nsereko Joyce Aluoch	Situación en Darfur, Sudán, caso del fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir apelación del fiscal contra "decision on the prosecution's application for a

			warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”.
CPI, SCP I, 8.02.2010	ICC-02/05-02/09	Sylvia Steiner Sanji Mmasenono Monageng Cuno Tarfusser	Situación en Darfur, Sudan, en el caso del fiscal vs. Bahar Idriss Abu Garda, “decision on the confirmation of charges”.
CPI, SCP III, 30.10.2011	ICC -02/11-01/11	Silvia Fernandez de Gurmendi Elizabeth Odio Benito Adrian Fulford	Situación en Republic of Côte d’Ivoire, “decision on the prosecutor’s application pursuant to article 58 for a warrant of arrest against Laurent Koudou Gbagbo”.
CPI, SCP I, 16.12.2011	ICC -01/04-01/10	Sanji Mmasenono Monageng Sylvia Steiner Cuno Tarfusser	Situación en en República Democrática del Congo, caso del fiscal vs. Callixte Mbarushimana, “decisión de confirmación de cargos”
CPI, SCP II, 23.01.2012	ICC-01/09-02/11	Ekaterina Trendafilova Hans-Peter Kaul Cuno Tarfusser	Situación en la república de Kenya en el caso del fiscal vs. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali, “decision on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute”.
CPI, SCP II, 23.01.2012	ICC-01/09-01/11	Ekaterina Trendafilova Hans-Peter Kaul Cuno Tarfusser	Situación en la república de Kenya en el caso del fiscal vs. William Samoeiruto, Henry Kiprono Kosgey y

			Joshua Arap Sang, “decision on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute”.
CPI, TC I, 14.03.2012	ICC -01/04-01/06	Adrian Fulford Elizabeth Odio Benito René Blattmann	Situación en República Democrática del Congo en el caso del fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo, “judgment pursuant to article 74 of the statute”.
CPI, SCP II, 13.07.2012	ICC-01/04-02/06	Ekaterina Trendafilova Hans-Peter Kaul Cuno Tarfusser	Situación en República Democrática del Congo en el caso del fiscal vs. Bosco Ntaganda, “decision on the prosecutor's application under article 58”.
CPI, TC II, 18.12.2012	ICC-01/04-02/12	Bruno Cotte Fatoumata Dembele Diarra Christine Van den Wyngaert	Situación en República Democrática del Congo en el caso del fiscal vs. Mathieu Ngudjolo, “judgment pursuant to article 74 of the statute”
CPI, TC II, 7.03.2014	ICC-01/04-01/07	Bruno Cotte Fatoumata Dembele Diarra Christine Van den Wyngaert	Situación en República Democrática del Congo, caso del fiscal vs. Germain Katanga “jugement rendu en application de l'article 74 du statut”.
CPI, SA, 1.12.2014	ICC-01/04-01/06 a 5	Erkki Kourula Sang-Hyun Song Sanji Mmasenono Monageng Anita Ušacka	Situación en República Democrática del Congo, caso del fiscal vs. Thomas

		Ekaterina Trendafilova	Lubanga Dyilo, “public redacted document judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction”.
CPI, TC III, 21.06.2016	ICC-01/05-01/08	Christine Van den Wyngaert Chile Eboe-Osuji Sanji Mmasenono Monageng Howard Morrison Piotr Hofmański	Situación en República de África Central, caso del fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute.
CoEDH, 30.08.1990	No. 12244/86; 12245/86; 12383/86	R. Ryssdal J. Cremona J. Pinheiro Farinha Vincent Evans R. Bernhardt S. K. Martens E. Palm	Fox, Campbell y Hartley vs. Reino Unido
CoEDH, 06.04.2000	No. 26772/95	L. Wildhaber E. Palm A. Pastor Ridruejo L. Ferrari Bravo G. Bonello J. Makarczyk P. Kuris J.-P. Costa F. Tulkens V. Stráznická V. Butkevych J. Casadevall B. Zupancic H.S. Greve A.B. Baka R. Maruste S. Botoucharova	Labita vs. Italia
CoEDH, 01.03.2001	No. 22493/93	MM.A. Pastor Ridruejo J. Makarczyk V. Butkevych MmeN. Vajić M.J. Hedigan MmeS. Botoucharova M.F. Gölcüklü M. V. Berger	Berktlay vs. Turquía
CoEDH, 16.10.2001	No. 37555/97	J.-P. Costa Loucaides P. Kuris	O'Hara vs. Reino Unido

		F. Tulkens K. Jungwiert Nicolas Bratza H.S. Greve	
CoEDH, 28.10.1994	Series A no. 300-A	Mr R. Ryssdal R. Bernhardt F. Gölcüklü R. Macdonald A. Spielmann S.K. Martens I. Foighel R. Pekkanen A.N. Loizou J.M. Morenilla John Freeland A.B. Baka M.A. Lopes Rocha L. Wildhaber G. Mifsud Bonnici J. Makarczyk J. Jambrek K. Jungwiert	Murray vs. Reino Unido
CoIDH, 25.10.2000	Serie C No. 70	Antônio A. Cançado Trindade Máximo Pacheco Gómez, Vicepresidente Hernán Salgado Pesantes Alirio Abreu Burelli Sergio García Ramírez Carlos Vicente de Roux Rengifo	Bamaca Velasquez vs. Guatemala
CoIDH, 17.09.1997	Serie C No 33	Hernán Salgado Pesantes Antônio A. Cançado Trindade Héctor Fix-Zamudio Alejandro Montiel Argüello Máximo Pacheco Gómez Oliver Jackman Alirio Abreu Burelli	Loayza-Tamayo vs. Peru
CoIDH, 21.06.1994	Serie C, No. 16	Rafael Nieto Navia Sonia Picado Sotela Héctor Fix-Zamudio Alejandro Montiel Argüello Hernán Salgado Pesantes Asdrúbal Aguiar Aranguren Antônio A. Cançado Trindade	Gangaram Pandray vs. Surinam

9. Bibliografía

ALEXY, Robert (1994), *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa.

----- (1999), "The Special Case Thesis", *Ratio Juris*, 12, 4, págs. 374-384.

----- (2008), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ALLEN, Ronald J. & Laudan, Larry (2011), "Deadly Dilemmas III: Some Kind Words for Preventive Detention", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 101, págs. 781-802.

AMAYA, Amalia (2008), "Justification, Coherence, and Epistemic Responsibility in Legal Fact-Finding", *Episteme*, 5, 3, págs. 306-319.

----- (2013), "Coherence, Evidence, and Legal Proof", *Legal Theory*, 19, 1, págs. 1-43.

ANSCOMBE, G. E. M. (1958a), "Modern Moral Philosophy", *Philosophy*, 33, 124, págs. 1-19.

----- (1958b), "On Brute Facts", *Analysis*, 18, 3, págs. 69-72.

ASENCIO MELLADO, José María (1989), *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid, Trivium.

ATIENZA, Manuel (2003), *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.

----- (2005), *El derecho como argumentación concepciones de la argumentación*, Mexico D.F., Distribuciones Fontamara.

----- (2010), "A vueltas con la ponderación", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, págs. 43-59.

ATIENZA, Manuel & RUIZ MANERO, Juan (1996), *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel.

BAYÓN MOHINO, Juan Carlos (1991), *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de estudios Constitucionales.

----- (2002), "El contenido mínimo del positivismo jurídico", en ZAPATERO GÓMEZ, V., *Horizontes de la filosofía del derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, págs. 33-54.

----- (2009), "Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano", *Analisi e diritto*, 2008, págs. 15-34.

BINDER, Alberto M. (2009), *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

BOUZAT, Andrés & CANTARO, Alejandro S. (2003), "Verdad y prueba en el proceso acusatorio", *Discusiones*, 3, págs. 67-79.

CANALE, Damiano (2013), "Il ragionamento giuridico", en PINO, G., SCHIAVELLO, A. & VILLA, V., *Filosofía del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo (Estratto)*, Torino, Giappichelli, págs. 195-230.

CARRARA, Francesco (2004), "Il diritto penale e la procedura penale", en *Programma del corso di diritto criminale: del giudizio criminale*, Bologna, Il Mulino, págs. 415-441.

CELANO, Bruno (2002), "'Defeasibility" e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili", *Diritto & questioni pubbliche*, 2, págs. 34-46.

----- (2006), "Principi, regole, autorità", *Europa e diritto privato*, 3, págs. 1061-1086.

CHIASSONI, Pierluigi (1998), "L'ineluttabile scetticismo della "scuola genovese"", *Analisi e diritto*, págs. 21-76.

----- (2002), "Los juegos interpretativos. La interpretación de la ley desde un enfoque griceano", en NAVARRO, P. E. & REDONDO, M. C., *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, págs. 185-208.

----- (2011), *Técnicas de interpretación jurídica: breviario para juristas*, Madrid, Marcial Pons.

----- (2018), *El problema del significado jurídico: tomando el contexto en serio*, Fontamara (en prensa).

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. (1984), *Derecho Procesal Penal*, Córdoba, Marcos Lerner.

COHEN, L. Johathan (1977), *The probable and the provable*, Oxford, Clarendon Press.

COMANDUCCI, Paolo (1998), "Principios jurídicos e indeterminación del derecho", *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, 21 vol. II, págs. 89-104.

COMBS, Nancy A. (2010), *Fact-finding without facts: the uncertain evidentiary foundations of international criminal convictions*, Cambridge, Cambridge University Press.

COUTURE, Eduardo J. (1958), *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma.

CUMIZ, Juan (2016), "El estándar de prueba "más allá de toda duda razonable" en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional", *Derecho Penal y Procesal Penal*, 1, págs. 5-21.

DEI VECCHI, Diego (2014), "Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: El salto constitutivo", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 34, págs. 237-261.

----- (2018a), "La importancia de lo que nos preocupa dar por probado", *Manuscrito inédito*.

----- (2018b), *Problemas probatorios perennes*, México, Fontamara.

DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, Cambridge - Massachusetts, Belknap Press of Harvard University Press.

----- (2013 [1977]), *Taking Rights Seriously*, London - New Delhi - New York - Sidney, Bloomsbury Publishing.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes (2005), *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel.

FERRAJOLI, Luigi (2002), *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza.

----- (2005), *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.

FERRER BELTRÁN, Jordi (2001), "'Está probado que p'", en TRIOLO, L., *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Torino, G. Giappichelli, págs. 73-96.

----- (2007), *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.

----- (2010), "Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia".

----- (2013), "La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana", en VÁZQUEZ, C., *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons, págs. 21-39.

----- (2018), "Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea", en PAPAYANNIS, D. M. & PEREIRA FREDES, E., *Filosofía del derecho privado (en prensa)*, Madrid-Barcelona-Sao Paulo-Buenos Aires, Marcial Pons, págs. 401-430.

FERRUA, Paolo (2007), "Il giudizio penale: fatto e valore giuridico", en A.A.V.V., *La prova nel dibattito penale*, Torino, G. Giappichelli, págs. 317-410.

FORST, Brian (2004), *Errors of Justice. Nature, Sources, and Remedies*, Cambridge-New York, Cambridge University Press.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (1999), "La tesis del caso especial y el positivismo jurídico", *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 22, págs. 195-220.

GASCÓN ABELLÁN, Marina (1999), *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid - Barcelona, Marcial Pons.

----- (2004), *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, Madrid- Barcelona, Marcial Pons.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2003), "Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)", *Jueces para la Democracia*, 47, págs. 35-51.

----- (2013), *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, México D.F., Fontamara.

GUASTINI, Riccardo (1997), "Enunciati interpretativi", en *Ars Interpretandi: Anuario di ermeneutica giuridica*, Padova, Cedam, págs. 35-52.

----- (2004), *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè.

----- (2008), *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, Aracne.

----- (2011), *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.

----- (2012), "El escepticismo ante las reglas replanteado", *Discusiones*, XI, págs. 27-57.

----- (2013a), "Esistenza empirica di norme", en GUASTINI, R., *Distinguendo ancora*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons, págs. 145-152.

----- (2013b), "Il realismo giuridico ridefinito", en GUASTINI, R., *Distinguendo ancora*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons, págs. 165-179.

----- (2018a), *Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del Derecho en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra.

----- (2018b), "Precedentes interpretaciones", *Inédito*.

HAACK, Susan (2009), *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*, Amherst, N.Y., Prometheus Books.

HARMAN, Gilbert H. (1965), "The inference to the Best Explanation", *The Philosophical Review*, 74, págs. 88-95.

HEMPEL, Carl Gustav (2005), *La explicación científica: estudios sobre la filosofía de la ciencia*, Barcelona, Paidós.

KELSEN, Hans (2009 [1960]), *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa.

LAPORTA, Francisco J. (2007), *El imperio de la ley: una visión actual*, Madrid, Trotta.

LAUDAN, Larry (2005), "The Presumption of Innocence: Material or Probatory?", *Legal Theory*, 11, págs. 333-361.

----- (2011a), "Aliados extraños: la inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal", en LAUDAN, L., *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, págs. 89-115.

----- (2011b), "¿Es razonable la duda razonable?", en LAUDAN, L., *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, págs. 119-195.

----- (2011c), "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en LAUDAN, L., *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, págs. 57-86.

----- (2011d), "The Rules of Trial, Political Morality, and the Costs of Error: Or, Is proof Beyond a Reasonable Doubt Doing More Harm than Good?", en GREEN, L. & LEITER, B., *Oxford studies in philosophy of law*, Oxford, Oxford University Press, págs. 195-227.

----- (2013), *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*, Madrid, Marcial Pons.

----- (2016), *The Law's Flaws. Rethinking Trials and Errors?*, Milton Keynes, Lightning Source.

LILLQUIST, Erik (2002), "Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability", *UC Davis Law Review*, 36, págs. 85-197: <https://ssrn.com/abstract=349820> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.349820>

LIPTON, Peter (1991), *Inference to the best explanation*, London-New York, Routledge.

LUQUE SÁNCHEZ, Pau & RATTI, Giovanni B. (2012), *Acordes y desacuerdos: Cómo y por qué los juristas discrepan*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paolo, Marcial Pons.

MAIER, Julio B. (2011), *Derecho Procesal Penal: Sujetos procesales*, Buenos Aires, del Puerto.

MANIACI, Giorgio (2002), "Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy", *Diritto & questioni pubbliche*, 2, págs. 47-73.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David (2007), *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons.

MORESO, José Juan (2002), "Conflitti tra princìpi costituzionali", *Diritto & questioni pubbliche*, 2, págs. 19-34.

----- (2006), "Ferrajoli sui confitti tra diritti", *Diritto & questioni pubbliche*, 6, págs. 133-141.

----- (2007), "Alexy y la aritmética de la ponderación", en Alexy, R. & GARCÍA MÁRQUEZ, R., *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

----- (2017), "Villa sobre los desacuerdos interpretativos. ¿Pueden ser genuinos y sin culpa?", *Diritto & Questioni Pubbliche*, XVII, 2, págs. 325-344.

NINO, Carlos Santiago (1989), *Ética y derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel.

----- (1994), *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel.

PARDO, M (2009), "Second-Order Proof Rules", *Florida Law Review*, 61, págs. 1083-1113.

PARDO, Michael S. (2013), "Estándares de prueba y teoría de la prueba", en VÁZQUEZ, C., *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons, págs. 99-118.

PAULESU, Pier Paolo (2009), *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, G. Giappichelli.

PINO, Giorgio (2009), "Principi e argomentazione giuridica", *Ars Interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, 14, págs. 131-160.

POPPER, Karl R. (2009), *Congetture e conflutazioni: lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Bologna, Il Mulino.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2003), "El juicio de ponderación constitucional", en LAPORTA, F. J., *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. .

RAPETTI, Pablo A. (2018), *Desacuerdos en el derecho y positivismo jurídico*, Madrid [etc.], Marcial Pons (forthcoming).

RATTI, Giovanni B. (2013), "Los desacuerdos jurídicos en la *jurisprudence* anglosajona", en RATTI, G. B., *El gobierno de las normas*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons, págs. 209-238.

RAZ, Joseph (1984), "Hart on moral rights and legal duties", *Oxford Journal of Legal Studies*, 4, 1, págs. 123-131.

----- (1998), "The Purity of the Pure Theory", en PAULSON, S. L. E., *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, págs. 237-252.

REDONDO, María Cristina (1996), *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

ROSS, Alf (2006 [1958]), *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba.

SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo & SELEME, Hugo Oscar (2002), "Justificación sin verdad", *Analisi e diritto*, 2001, págs. 285-294.

SEARLE, John R (1964), "How to Derive "Ought" From "Is"", *The Philosophical Review*, 73, 1, págs. 43-58.

SEARLE, John R. (1969), *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge University Press.

----- (1995), *The Construction of Social Reality*, New York, The Free Press.

----- (2010), *Making the social world. The structure of human civilization*, Oxford, Oxford University Press.

STEIN, Alex (2005), *Foundations of evidence law*, Oxford - New York, Oxford University Press.

TARELLO, Giovanni (2013), *La interpretación de la ley*, Lima, Palestra.

TARUFFO, Michele (2003), "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad", *Discusiones*, 3, págs. 15-41.

----- (2009), *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza.

----- (2010), "Consideraciones sobre prueba y motivación", en TARUFFO, M., ANDRÉS IBÁÑEZ, P. & CANDAU PÉREZ, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, págs. 17-46.

TUZET, Giovanni (2006), *La prima inferenza : l'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, G. Giappichelli.

TWINING, William L. (1990), "Rethinking Evidence", en *Rethinking evidence: exploratory essays*, Cambridge, Basil Blackwell, págs. 341-372.

UBERTIS, Giulio (1979), *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, Giuffrè.

VILLA, Vittorio (2017), *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Torino, Giappichelli.

WRÓBLEWSKI, Jerzy (1974), "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", *Rechtstheorie*, 5, págs. 33-46.

----- (2008), *Sentido y hecho en el derecho*, México, Distribuciones Fontamara.