

VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y CONVICCIÓN JUDICIAL*

Prof. Dr. Wolfgang FRISCH**

Sumario

I. Recolección de prueba y valoración de la prueba; II. Reglas de prueba legales, su problemática y la transición hacia la libre valoración de la prueba; III. La convicción de la comisión del hecho como presupuesto de la condena. Crítica y alternativas; IV. Primera evaluación: La probabilidad objetiva ¿una alternativa productiva?; V. El retorno a la convicción y segunda evaluación; VI. Acerca de la estructura de la valoración de la prueba: la valoración de la prueba como examen de hipótesis a partir de fundamentos; VII. La convicción judicial como resultado de la valoración de la prueba, acorde a la razón práctica, que presupone una alta probabilidad.

La valoración de la prueba ha constituido desde siempre un aspecto central del proceso penal. Ella tiene lugar en todo proceso penal, incluso —según la jurisprudencia de nuestro tribunal constitucional— en los casos en que la confesión se produce en el marco de un acuerdo. De este modo, los principios de la valoración de la prueba resultan significativos en muchos más casos que todas las teorías del derecho material, que sólo adquieren relevancia en alguno que otro caso. Aun para el acusado la valoración de la prueba tiene mucha mayor importancia que muchas teorías del derecho material. Por regla general, es la valoración de la prueba la que decide acerca de si un acusado debe ser condenado a una pena o absuelto. Esto resulta mucho más fundamental que cuando lo que se discute es si el condenado debe ser declarado culpable por autoría, instigación o participación.

* *Beweiswürdigung und richterliche Überzeugung*, publicado en ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com), 10/2016, pp. 707-714, accesible en: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2016_10_1056.pdf. Traducción de Patricia S. ZIFFER (Universidad de Buenos Aires). *Nota del original alemán*: Texto, complementado con notas, de la conferencia dada por el autor el 23 de septiembre de 2015, en el marco de la “Escuela de Verano de Juristas de América Latina”, en la Universidad de Göttingen (Director de la Escuela de Verano: Prof. Dr. Dr. h. c. Kai Ambos). El estilo original de conferencia fue conservado en su publicación.

** Profesor emérito de Derecho Penal, Procesal Penal y Teoría del Derecho, de la Universidad de Freiburg i.Br.

A esta importancia elemental de la valoración de la prueba se contraponen un tratamiento científico evidentemente insuficiente. Las investigaciones científicas sobre valoración de la prueba son poco frecuentes.¹ La ciencia deja este campo, en gran medida, en manos de la práctica. Este desinterés sería comprensible si, desde la perspectiva de la ciencia, no hubiera nada que decir sobre el tema “valoración de la prueba”. Pero este no es el caso. La “valoración de la prueba” plantea una serie de cuestiones muy fundamentales, que sólo pueden ser respondidas en forma realmente convincente sobre la base de reflexiones teóricas y científicas intensas. Por lo demás, sólo sobre la base de ese sustento teórico es posible tomar posición fundadamente con relación a ciertos casos problemáticos de la valoración de la prueba, como por ejemplo, los casos de “declaración contra declaración”.²

I. Recolección de prueba y valoración de la prueba

Sin embargo, antes de ingresar al análisis de estas cuestiones fundamentales de la valoración de la prueba, me parece necesario decir algo más acerca del propio objeto a tratar, esto es, respecto de qué se entiende por valoración de la prueba, qué es lo que ella presupone conceptualmente y cuál es su finalidad en el proceso penal.

La valoración de la prueba en sentido estricto —que es la que aquí nos interesa— se vincula con la producción de la prueba. Aquella presupone que las pruebas a ser consideradas en el caso concreto a ser considerado han sido producidas.³ Es decir, se presupone que el tribunal ha escuchado a los testigos, que se ha tomado vista directa de posibles piezas probatorias y que el acusado, en tanto hubiera estado dispuesto a declarar, ya ha sido escuchado. En la medida en que

¹ Cf., de la muy inabarcable bibliografía, sobre todo, Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3.ª ed., 1963, pp. 60 ss., 75 ss.; Erb, en: Hanack / Hilger / Mehle / Widmaier (comp.), *Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002*, 2002, p. 77; Freund, *Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“*, 1987; *idem*, en: Eser / Goydke / Maatz / Meurer (comp.), *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag*, 2001, p. 409; Frisch, en: Bruns / Kern / Münch / Piekenbrock / Stadler / Tsirikas (comp.), *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*, 2013, p. 849; Frister, in: Samson / Dencker / Frisch / Frister / Reiß (comp.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebenzigsten Geburtstag*, 1999, p. 169; Hoyer, *ZStW*, t. 105 (1993), p. 523; Stein, en: Wolter (comp.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts*, 1995, pp. 233 ss.; del ámbito del proceso civil, p. ej., Greger, *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, 1978; Walter, *Freie Beweiswürdigung*, 1979.

² Cf., al respecto, p. ej., Frisch, en: Wolter (comp.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung – Mit GVG und EMRK*, t. 7, 4.ª ed., 2014, § 337 n.º m. 130; Brause, *NStZ* 2007, p. 505; Sancinetti, en: Freund / Murmann / Bloy / Perron (comp.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, 2013, p. 1233; Schmandt, *StraFo*, 2010, p. 446.

³ Lo cual obviamente no excluye que, en el marco de la valoración de la prueba, sea necesario producir una vez más el recabamiento de la prueba.

resulten de interés, los documentos deben ser leídos; cuando se hubiera requerido un perito, éste debe haber presentado su dictamen. Brevemente: se hallan disponibles las informaciones para adoptar una decisión concluyente acerca de la acusación.

Ahora bien, con frecuencia se plantean las siguientes preguntas: ¿son suficientes las pruebas producidas (o bien, disponibles), como para declarar culpable al acusado en el sentido de la acusación? ¿Son suficientes para probar que el acusado realmente ha cometido el suceso fáctico que se le reprocha en la acusación? ¿O son muy débiles, o no alcanzan, para probar eso? Determinar esto, en cierta medida, es la finalidad de la valoración de la prueba.

Como se advierte sin dificultad, las cuestiones así planteadas sólo podrán ser respondidas, en el caso particular, si se tiene una idea clara acerca de cuándo existe, en este aspecto fundamental, prueba suficiente para una condena. Esta pregunta básica, a lo largo del tiempo, ha sido respondida de diferentes formas. En principio, aún hoy no existe un acuerdo completo acerca de cuál es la respuesta correcta.⁴

II. Reglas de prueba legales, su problemática y la transición hacia la libre valoración de la prueba

Durante mucho tiempo la ley decía en forma muy concreta qué pruebas tenían que darse para la condena del acusado. Es decir, que existían reglas de prueba legales que determinaban cuándo el acusado podía, o debía, ser condenado.⁵ Tales regulaciones legales con relación a las pruebas que necesariamente conducían a una condena, o bien, que la fundaban en la ley, las encontramos en muchos países de Europa hasta la primera mitad del siglo XIX.⁶ Por lo general, se consideraba prueba suficiente el testimonio de dos testigos directos del hecho, así como también la confesión

⁴ Cf. las explicaciones de Geyer, en: Holtzendorff (comp.), *Handbuch des deutschen Strafprozessrechts*, 1879, t. 1, pp. 198 ss.; Glaser, *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß*, 1883, pp. 12 ss.; Krieter, *Die historische Entwicklung der Prinzipien der freien Beweiswürdigung im Strafprozeß*, 1926, pp. 6 f.; Küper, *Die Richteridee der Strafprozeßordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*, 1967, pp. 125-141; Mittermaier, *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse*, 1834, pp. 15 ss.; Thäle, *Die Verdachtsstrafe in der kriminalwissenschaftlichen Literatur des 18. und 19. Jahrhunderts*, 1993, pp. 26 s., con otras referencias.

⁵ En profundidad sobre esta sujeción del juez a las reglas de prueba legales, Küper (nota 4), pp. 127 ss.; *idem*, en: Haddenhorst / Wasserburg (comp.), *Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren, Festgabe für Karl Peters zum 80. Geburtstag*, 1984, p. 23 ss.; Nobili, *Die richterliche freie Überzeugungsbildung*, 2001 (traducción de la versión original italiana: *Il principio del libero convincimento del giudice*, 1974), pp. 81 ss.; Walter (nota 1), pp. 37 ss., 56 ss.

⁶ Cf. las exposiciones de Geyer (nota 4), pp. 198 ss.; Glaser (nota 4), pp. 12 ss.; Krieter (nota 4), pp. 6 s.; Küper (nota 4), pp. 129-141; Mittermaier (nota 4), pp. 15 ss.; Thäle (nota 4), pp. 26 s. con otras referencias.

del autor.⁷

En su forma originaria, estas reglas eran la expresión de una teoría positiva de la prueba. Las pruebas mencionadas, al menos en la medida en que estuvieran cumplidos ciertos requisitos formales, producían plena prueba (positiva) de que el acusado había cometido el hecho que se le reprochaba. Por tanto, si estas pruebas estaban presentes, el juez tenía que condenar. Por mucho tiempo, no se veía en esto nada problemático.⁸ Sólo paulatinamente se fue imponiendo la idea de que una teoría positiva de la prueba encierra un alto peligro de conducir a la condena de inocentes:⁹ los dos testigos pudieron haber mentido, o quizá ni siquiera había habido testigos directos del hecho, así como también la confesión podía ser falsa, especialmente porque —como era admisible en ese entonces— ella había sido obtenida mediante tortura.

Por cierto, estas opiniones no condujeron en forma directa e inmediata a un rechazo de las reglas de prueba legales. En general, sólo produjeron que, en el lugar de una teoría positiva de la prueba, apareciera una teoría negativa de la prueba.¹⁰ Conforme a esto, el testimonio de dos testigos directos del hecho o la confesión ya no *obligaban* al juez a condenar —en el sentido de una condición suficiente—. Antes bien, tales elementos sólo eran una condición necesaria para que el juez *podiera* condenar a una pena (ordinaria).¹¹ Por tanto, aun cuando estas pruebas estuvieran presentes, si el juez tenía dudas de peso acerca de que el acusado hubiera cometido el hecho, podía absolver. Sólo que no podía condenar, si no estaba presente el testimonio de cargo de dos testigos directos o una confesión. Es decir, que tenía una libertad a medias, que fue defendida con énfasis

⁷ Cf., al respecto (para la confesión), art. 22, y (para la prueba de testigos), art. 67, de la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532; en profundidad sobre el derecho probatorio, Schoetensack, *Der Strafprozess der Carolina*, 1904, pp. 41-82.

⁸ Como ejemplo de un ordenamiento procesal que obligaba a una teoría positiva de la prueba aún a comienzos del siglo XIX, se puede dar el Ordenamiento Criminal Prusiano, de 1805 (allí, §§ 370 ss.).

⁹ Cf., p. ej., las diferenciadas reflexiones de Beccaria, *Über Verbrechen und Strafen (Dei delitti e delle pene*, 1765), versión alemana de Alf, 1966, sobre la prueba de testigos (Capítulo XIII), de indicios (Capítulo XIV), y, sobre la tortura (Capítulo XV); Filangieri, *System der Gesetzgebung (La scienza della legislazione*, 1780-1785), versión alemana de J. C. Siebenkees, 2.ª ed., 1788-1791, t. 3, pp. 228 ss.; Voltaire, en: Moland (comp.), *Oeuvres completes*, 1785-1789, t. 19, § XXIII, p. 264; otras referencias sobre las tomas de posición de la filosofía de la Ilustración en Nobili (nota 5), pp. 99 ss.

¹⁰ Significativo en este contexto, Filangieri (nota 9), pp. 228 ss.; sobre la recepción de este punto de vista en la bibliografía alemana, Küper (nota 4), pp. 140 ss., 236 ss.; Walter (nota 1), pp. 66 s.; sobre la distinción entre teoría de la prueba positiva y negativa, v. Savigny, GA, t. 6 (1858), p. 471 (481 ss.); Krieter (nota 4), pp. 3 s., 7 ss.; Nobili (nota 5), pp. 154 ss. Como ejemplo de una realización de la teoría negativa de la prueba, se puede dar el Ordenamiento Procesal Penal de Baden, de 1845 (allí, § 270).

¹¹ Cf. Küper (nota 4), p. 191: “Función de control” de la convicción judicial.

por significativos procesalistas aún hasta mediados del siglo XIX.¹² No se le quería conceder al juez libertad plena para la valoración, porque se temía que, sin los presupuestos legales mínimos para una condena (dos testigos o la confesión), se podría llegar a condenas arbitrarias,¹³ y no en último término, debido a que, por ese entonces, los jueces no contaban con independencia y estaban sometidos a la influencia de los señores feudales.

Finalmente, la época de esta teoría negativa de la prueba, con su prescripción de concretos elementos mínimos de prueba también quedó superada. La teoría se vio obligada a ceder, en razón de que quedaron a la vista sus debilidades, y la necesidad de sostenerla fue desapareciendo paulatinamente. Las falencias de la teoría saltan a la vista: ella impide una condena, aun a pesar de la existencia de pruebas contundentes (p. ej., un testigo del hecho y numerosos indicios claros), cuando faltan las pruebas definidas legalmente como necesarias.¹⁴ Y la disposición a continuar asumiendo estas consecuencias, iba desapareciendo cada vez más, a medida en que disminuía la preocupación ante la arbitrariedad judicial y la manipulación de la judicatura. La garantía de la independencia judicial, que fue quedando plasmada en muchas constituciones europeas durante el curso del siglo XIX,¹⁵ y la confianza creciente en la capacidad de juicio de los jueces, fueron importantes presupuestos en esa dirección. Así, no sorprende que a lo largo del siglo XIX, la concepción de reglas de prueba legales se haya ido abandonando cada vez más y haya sido sustituida por una libre valoración de la prueba —al principio, en los ordenamientos procesales penales de los Estados particulares;¹⁶ posteriormente, también en el Ordenamiento Procesal Penal

¹² Cf., p. ej., Feuerbach, *Betrachtungen über das Geschworenengericht*, 1813, pp. 132 ss.; Mittermaier (nota 4), pp. 84 s.; Zachariä, *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens*, 1846, pp. 185 ss.; para el proceso civil, p. ej., Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, 1801, t. 2, p. 255; v. Grolmann, *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*, 1800, p. 120; Reinhardt, *Handbuch des gemeinen teutschen ordentlichen Processes*, t. 1, 1823, p. 372.

¹³ Así, Mittermaier (nota 4), pp. 120 s.; otras referencias, en profundidad, Küper (nota 4), pp. 218 s.; véase también Nobili (nota 5), pp. 144, 153 ss.; Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3.^a ed., 1965, pp. 329, 333 (reproducción de una toma de posición de v. Gagern), 334, 335, 339 s., 341 s.; v. Savigny, GA, t. 6 (1858), p. 471 (474, relativizaciones).

¹⁴ Acerca de tales casos, su problemática y los enfoques de solución desarrollados primeramente para su solución, cf. Frisch (nota 1), pp. 865 ss.

¹⁵ Cf., p. ej., las constituciones de Baviera (1818, allí, el Título VIII, § 3); Baden (1818, allí, § 14), Württemberg (1819, allí, § 93), Chur-Hessen (1831, allí, § 123), Sachsen (1831, allí, § 47), Prusia (1848, allí, § 85) y la Constitución de Frankfurt (*Paulskirchenverfassung*), de 1849 (allí, § 175); al respecto, en profundidad, Kotulla, DRiZ, 1992, p. 285.

¹⁶ Cf., p. ej., para Prusia, la ley del 17/7/1846 (allí, § 19) y la Ordenanza del 3/1/1849; al respecto, con mayor detalle, Küper (nota 4), pp. 221 ss., 238 s., y Krieter (nota 4), pp. 24 s.; respecto de otros Estados particulares, Geyer, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafverfahrens*, 1880, pp. 700 s.; v. Kries, *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, 1892, pp. 61 s.; Krieter (nota 4), pp. 12-18 y 27-65; Sundelin, *Sammlung der neueren deutschen Gesetze und Strafverfahren*, 1861, pp. 158 s. (Hannover, § 156), 204 (Hessen, Título 1.º, art. 5), 436 (Sachsen-Altenburg, art. 238), 494 (Oldenburg, Título 1.º, art. 5) y 641 (Sachsen, Cap. 1.º, art. 10); acerca de la introducción (impuesta) muy anterior, de la libre valoración de la

del *Reich* de 1877¹⁷—. A partir de ese momento, los jueces, al valorar las pruebas, ya no debían estar sujetos a reglas de pruebas legales, sino que contaban con libertad para hacerlo.

Como es natural, no fueron sólo las evidentes debilidades prácticas y la modificación de circunstancias externas las que allanaron el camino hacia el principio de la libre valoración de la prueba. También las ideas en materia de teoría del conocimiento y de la ciencia favorecieron esta transformación.¹⁸ La ciencia del derecho penal, con formación en filosofía, y la legislación de fines del siglo XVIII y del siglo XIX,¹⁹ vio con toda claridad que en la valoración de la prueba, de lo que se trataba era de problemas a cuya solución las reglas legales poco podían aportar.²⁰ En lo central, de lo que se trata es de reconstruir una parte del pasado: si la situación de hecho que se le reprocha al acusado ocurrió en el pasado, o bien, si es posible partir de ello.²¹ A este respecto, cumplen un papel las más diversas opiniones sobre la experiencia, las cuales, en su complejidad, nunca se pueden reducir a unas pocas reglas de pruebas legales.

III. La convicción de la comisión del hecho como presupuesto de la condena. Crítica y alternativas

Por cierto, al pasar de la concepción de reglas de prueba legales al principio de la libre —de reglas de prueba legales— valoración de la prueba, se produjo un vacío: ¿qué podía reemplazar a aquellos requisitos concretos de prueba de los cuales dependía la condena, en la concepción de la

prueba para jueces profesionales en Italia, cf. Nobili (nota 5), pp. 164 ss.; un panorama sobre el ulterior desarrollo, en v. Savigny, GA, t. 6 (1858), p. 471 (482 s.).

¹⁷ Allí, hasta 1924, como § 260; después, como § 261.

¹⁸ Cf., al respecto, p. ej., Küper (nota 5, *Festgabe für Karl Peters*), pp. 33 ss.

¹⁹ Cf., con relación al presente contexto de problemas, p. ej., Jarcke, *Neues Archiv des Criminalrechts*, t. 8 (1825), p. 97 (100 ss.); *idem*, *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, t. 10 (1828), p. 129 (144 ss., 149 ss., 158); Mittermaier (nota 4), p. 126 ss.; v. Savigny, GA, t. 6 (1858), p. 471 (476, 481 ss., 485 s.); Weber, *Neues Archiv des Criminalrechts*, t. 8 (1825), p. 557 (568 s.).

²⁰ Así, con toda claridad, ya (en contraposición con una así llamada teoría de la prueba legal) el Dictamen de la Comisión de Justicia Inmediata del Reino de Prusia sobre el Tribunal de Jurados, 1819, Parte 1.ª, pp. 8 ss.; Feuerbach (nota 12), p. 126; Glaser, *Handbuch des Strafprozesses*, t. 1, 1883, pp. 740 ss.; Grävell, *Prüfung der Gutachten der Preußischen Immediatkommission*, 1819, t. 2, pp. 106 s., 142 (quien, empero, se halla en los límites de abogar en favor de una teoría de la prueba legal); v. Savigny, GA, t. 6 (1858), p. 471 (488 ss.); de la doctrina procesal civil del siglo XIX, Endemann, *Die Beweislehre des Civilprozesses*, 1860, pp. 67 s., 623 ss.

²¹ Así, Sobre el paralelismo sobre el trabajo del juez al valorar la prueba y el del historiador, cf., p. ej., Jarcke, *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, t. 10 (1828), p. 129 (144 s.); Abegg, *Lehrbuch des gemeinen Criminal-Prozesses*, 1855, pp. 140 s.; otras referencias de la bibliografía italiana, Nobili (nota 5), pp. 38 s., quien, sin embargo, él mismo es escéptico, debido a la desvinculación del contexto normativo (pp. 40 s.).

teoría de las pruebas legales?

La respuesta del legislador —no sólo del alemán, sino del de muchos otros Estados— no consistió, ni consiste, en la sustitución de la antigua plena prueba por otros requisitos diferenciados objetivamente. La ley produjo un giro radical, casi copernicano. A partir de ese momento, el presupuesto para una condena debía ser —hasta hoy— una situación subjetiva.²² Lo decisivo es la convicción del juez. El tribunal sólo puede condenar, si llega a la convicción de que el acusado ha cometido el hecho que se le reprocha. Por cierto, si tiene esa convicción, también tiene que condenar. Usualmente, por convicción se entendía, y se sigue entendiendo, la certeza personal del juez.²³ Otros hablan de un “tener por cierto” subjetivo fundado en razones.²⁴

La decisión legal de hacer depender una condena de la convicción del juez, ya al momento de ser introducida esta concepción, no estuvo exenta de discusiones.²⁵ Incluso hoy, no pocos continúan atacándola.²⁶ Tanto en ese entonces como hoy, los críticos de la ley objetan el peligro y la irracionalidad del requisito de la convicción. Según esto, el requisito resultaría peligroso, porque se conforma con un estado subjetivo, la convicción o la “*intime conviction*”, a pesar de que para ese estado subjetivo pudiera no haber absolutamente ningún fundamento suficiente desde una perspectiva objetiva (tal como elementos de prueba con una alta probabilidad). En opinión de sus críticos, tal requisito es irracional, porque los elementos de prueba, desde una perspectiva objetiva (de las ciencias naturales), en todo caso, sólo podrían aportar, con respecto al suceso a ser probado, una determinada probabilidad más o menos alta. Resultaría racionalmente incom-

²² Excelente panorama sobre la evolución en los Estados particulares, en Geyer (nota 16), pp. 146 ss.; 155 ss.; en Austria, allí mismo, p. 182 ss., y en Krieter (nota 4), pp. 12-65; véase además en Kunz, ZStW, t. 121 (2009), p. 572 (583 s.: otros Estados); Nobili (nota 5), pp. 147 ss. (Estados alemanes); v. Savigny, GA, t. 6 (1858), p. 471 (472 s., 482 s.); Schmidt (nota 13), pp. 332-337; Schwinge, *Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung*, 1926, pp. 6 pp., 66 ss. Respecto de Francia, cf. art. 342 del *Code d'instruction criminelle* de 1808; anteriormente, ya el Decreto de 1791 y las leyes de 1795 y 1801; exposición del desarrollo en Nobili (nota 5), pp. 119 pp., 139 ss., y Walter (nota 1), pp. 68 ss.

²³ Cf., p. ej., Krug, *Von der Überzeugung nach ihren verschiedenen Arten und Gründen, 1797* *pássim*, que está muy citado en la doctrina procesal de su tiempo; Stübel, *Über den That-bestand der Verbrechen*, 1805, §§ 181-183 (pp. 243-246), §§ 188 s. (pp. 249 s.); Weber, *Neues Archiv des Criminalrechts*, t. 8 (1825), p. 557; Mittermaier (nota 4), pp. 73 s.; asimismo, la doctrina hoy dominante, cf., p. ej., Frister (nota 1), p. 184; Kunz, ZStW, t. 121 (2009), p. 572 (593 ss.); en cada caso, con otras referencias.

²⁴ Así, Mittermaier, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, t. 1, 4.^a ed., 1845, § 86 (pp. 524 s.); de modo similar ya en la 2.^a ed., 1832, t. 1, pp. 357 s.; anteriormente, ya Jarcke, *Neues Archiv des Criminalrechts*, t. 8 (1825), p. 97 (115), e *idem*, *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, t. 10 (1828), pp. 129 (150, 152 s.).

²⁵ Cf., p. ej., Schede, *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, t. 8 (1828), pp. 31 ss. (suficiente con la probabilidad).

²⁶ Cf., p. ej., del tiempo reciente, Freund (nota 1, *Tatsachenfeststellung*), pp. 47, 102; Hoyer, ZStW, t. 105 (1993), pp. 523 (533); Stein (nota 1), pp. 253 ff., 256 s.

previsible de qué manera el juez, sobre la base de esa situación objetiva, pudiera llegar a la certeza o a la convicción subjetiva. En lugar de pedirle al juez conclusiones no comprensibles racionalmente, se deberían precisar los presupuestos objetivos necesarios, pero también suficientes, para una condena.²⁷

IV. Primera evaluación: La probabilidad objetiva ¿una alternativa productiva?

La crítica esbozada, en parte, está justificada. Naturalmente, para una condena no podría ser suficiente con que el juez estuviera subjetivamente convencido, sin que hubiera una base objetiva suficiente para esa convicción. Por cierto, en este punto, la crítica resulta, además, algo anacrónica. Pues antes de la introducción del requisito de la convicción se discutió intensamente con respecto a cuál sería una base adecuada para una condena: la existencia de determinada probabilidad o la convicción.²⁸ La decisión a favor de la convicción no fue pensada en el sentido de una renuncia a una determinada medida de probabilidad objetiva. Antes bien, se pensaba que únicamente una cierta probabilidad de comisión del hecho por parte del acusado no podía ser suficiente para la legitimación de una condena. El juez debía no sólo considerar probable aquello que se le reprochaba al acusado, sino que debía “tenerlo por verdadero”, y en este sentido, estar convencido de la comisión del hecho por parte del acusado.²⁹

La decisión así adoptada en contra del concepto de la probabilidad como presupuesto central de la condena merece aprobación aún desde una perspectiva actual. Su corrección queda puesta de manifiesto a partir de reflexiones adicionales. En efecto, para la legitimación de la condena y la punición del acusado nunca podría ser suficiente una probabilidad cualquiera. En todo caso, podría ser suficiente una probabilidad muy alta. Pero ¿cómo debe ser definida realmente, en forma más precisa, esta alta probabilidad, de modo tal que se sepa exactamente a qué se está haciendo referencia con este requisito y que todos los tribunales partan de la misma medida de probabilidad como presupuesto de una condena? La idea quizá más obvia, de precisar un cierto grado de

²⁷ Cf. Freund (nota 1, *Tasachenfeststellung*), pp. 56 ss.; Stein (nota 1), pp. 247 ss.; acerca del intento de una precisión numérica del “reasonable doubt-standard” en el proceso penal, Kunz, ZStW, t. 121 (2009), p. 572 (595 ss.).

²⁸ Acerca de la discusión sobre esta cuestión, cf. sobre todo la discusión entre Schede, *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, t. 8 (1828), pp. 31 ss. (suficiente con la probabilidad), y Jarcke, *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, t. 10 (1828), p. 129 (necesidad de la convicción).

²⁹ Un hito rector, sobre todo, Jarcke, *Neues Archiv des Criminalrechts*, t. 8 (1825), p. 97 (115 ss.) y, a su vez —en la contraposición mit Schede, *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, t. 8 (1828), 31 ss.—, *idem*, *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, t. 10 (1828), p. 129 (149 ss., 156 ss.); pero antes también ya Stübel (nota 23), pp. 249, 334; posteriormente, resumiendo, Mittermaier (nota 4), p. 74 s.

probabilidad exigida,³⁰ no sirve de demasiada ayuda.³¹ Esto, no sólo porque ya la determinación de este grado —¿90, 95 ó 98%?— conduciría a una decisión en blanco, dado que no se puede argumentar a favor de ninguno de estos valores numéricos de manera realmente convincente. Además, la fijación de tales grados de probabilidad carecería de sentido. Pues sólo en muy pocos casos³² es posible explicitar en números el valor probatorio de los elementos de prueba disponibles en el sentido de un grado de probabilidad.³³ Brevemente: por esta vía no es posible avanzar,³⁴ como lo demuestra, además, una serie de intentos fallidos. El único enfoque que queda como posible, entre los puntos de partida de la probabilidad que pueden ser discutidos seriamente, es, en principio, el de la “probabilidad lindante con la seguridad”.³⁵ Me parece que también con esto se hace referencia a una medida suficiente de probabilidad para la legitimación de una condena. Sin embargo, también este concepto es mucho menos claro que lo que aparenta al comienzo. Pues, ¿qué es lo que convierte a la probabilidad en una “probabilidad lindante con la seguridad”? ¿Se trata de un grado especialmente alto de probabilidad? Como ya se dijo, por esta vía no es posible avanzar demasiado hacia una precisión practicable. ¿O de lo que se trata es de otra cosa? La probabilidad lindante con la seguridad ¿es ofrecida (representada) por otra cosa? Pero ¿qué es eso que debe estar presente para que exista una probabilidad suficiente para una condena?

V. El retorno a la convicción y segunda evaluación

Vale la pena volver aquí a la alternativa del enfoque de la probabilidad, es decir, a la convicción. Este concepto resulta mucho más fructífero y adecuado que lo que sostienen sus críticos. Esto se advierte, paradójicamente, al examinar una de las críticas en contra de la

³⁰ Cf., p. ej., los enfoques en la doctrina escandinava, en Ekelöf, ZZP, t. 75 (1962), p. 289 (292); en Alemania, especialmente, Bruns, ZZP, t. 91 (1978), p. 647; Schreiber, *Theorie des Beweis-werts für Beweismittel im Zivilprozeß*, 1968; otras referencias en Greger (nota 1), pp. 93 ss. y Walter (nota 1), pp. 142 ss.

³¹ Al respecto, con mayor profundidad sobre lo que sigue, Frisch (nota 1), pp. 872 s.

³² Así, p. ej., cuando existen expresiones estadísticas sobre la seguridad de acierto de determinados resultados de investigaciones; cf., p. ej., sobre los análisis de ADN, Kunz, ZStW, t. 121 (2009), p. 572 (598).

³³ Piénsese sólo en la cuestión del valor probatorio de los indicios particulares de círculos de indicios o cadenas de indicios de diferente constitución.

³⁴ Acertadamente, Frister (nota 1), pp. 180 s.; Greger (nota 1), pp. 49 ss., 102 ss.; Stürner, en: Picker / Wilhelm / Richardi (comp.), *Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag am 3. November 2010*, 2010, p. 809 (816); Walter (nota 1), pp. 175 ss.

³⁵ Cf., a favor de eso, p. ej., Fincke, GA, 1973, p. 266 (272); Kühne, *Strafprozessrecht*, 9.ª ed., 2015, § 56, n.º m. 947; Kunz, ZStW, t. 121 (2009), p. 572 (594 s.); de la jurisprudencia del RG, p. ej., RGSt, t. 61, p. 202 (206).

exigencia de la convicción. La objeción ya fue mencionada, y reza:³⁶ los elementos de prueba sólo aportan, por regla general, una mayor o menor probabilidad. Frente a esto, no se entendería cómo el juez, no obstante, podría llegar a la convicción. Aquí se estaría exigiendo, en el fondo, algo irracional, que no serviría como base para una condena. Esta objeción sólo sería correcta si el juez realmente construyera su convicción sólo a partir de la (alta) probabilidad objetivamente dada. De hecho, sería irracional tener simplemente por cierto (y estar convencido), sin más fundamentos, de algo que, objetivamente, en los esquemas de la probabilidad, sólo resulta muy probable. Pero posiblemente esto no sea así. Posiblemente el juez, cuando tiene algo por cierto y está convencido de ello, tiene fundamentos completamente racionales, a pesar de que la situación que tiene por acreditada, según los parámetros de cómputo de la probabilidad, sólo resulte más o menos probable. Para anticipar el resultado: esto es efectivamente así y se perfila ya en la delimitación conceptual de la convicción. Ella es descripta, una y otra vez, como una certeza o como un “tener fundadamente por verdadero”,³⁷ con lo cual, naturalmente, a lo que se hace referencia siempre es a fundamentos que justifiquen, que sean “objetivamente suficientes”.³⁸ Estos fundamentos, que sostienen la convicción, se patentizan cuando, para concluir, volvemos a darle un vistazo a la estructura de la valoración judicial de la prueba.

VI. Acerca de la estructura de la valoración de la prueba: la valoración de la prueba como examen de hipótesis a partir de fundamentos

Mucho se ha pensado y escrito acerca de la estructura de la valoración de la prueba —en relación con investigaciones de filosofía—, sobre todo, en la bibliografía procesal de fines del siglo

³⁶ Cf., p. ej., del tiempo reciente, Freund (nota 1, *Tatsachenfeststellung*), pp. 47, 102; Hoyer, ZStW, t. 105 (1993), p. 523 (533); Stein (nota 1), pp. 253 ss., 256 s.

³⁷ Cf., p. ej., Abegg (nota 21), pp. 138 ss.; Jarcke, *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, t. 10 (1828), pp. 129 (133 y *pásim*, p. ej., 138, 140 s., 144 s., 150 s.); también v. Savigny, GA, t. 6 (1858), p. 471 (484 s.); Mittermaier (nota 24), § 86 (pp. 524 s.); de modo similar, ya en la 2.ª ed., 1832, t. 1, pp. 357 s.; anteriormente, ya Jarcke, *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, t. 8 (1828), p. 97 (115), e *idem*, *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, t. 10 (1828), p. 129 (150, 152 s.); posteriormente, Glaser (nota 4), pp. 132-153; *idem* (nota 20), pp. 344 ss., 736 ss.; Planck, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, t. 2, 1896, pp. 165 ss., 190 ss.; Rumpf, *Der Strafrichter*, t. 1, 1912, pp. 182 ss.

³⁸ Fundamental, Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 1781, esp. *Transzendente Methodenlehre*, Parte principal 2.ª, Cap. 2.º (en las Obras de Kant de Weischedel, t. 2, 1956, p. 677), y Cap. 3.º (Weischedel, *ibidem*, pp. 687 ss.); véase además Krug (nota 23); Mittermaier (nota 24), § 86 (pp. 524 s.); de modo similar, ya en la 2.ª ed., 1832, t. 1, pp. 357 s.; anteriormente, ya Jarcke, *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, t. 10 (1828), p. 97 (115), e *idem*, *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, t. 10 (1828), p. 129 (150, 152 s.); por ulteriores influencias de la filosofía en la discusión procesal en torno al hallazgo de la verdad, cf. Paulus, en: Seebode (comp.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, 1992, p. 687 (688 ss.).

XIX.³⁹ Luego, en el siglo XX, representantes de la filosofía⁴⁰ y renombrados teóricos del derecho⁴¹ se ocuparon intensamente de esta temática. En estas investigaciones se ha sostenido con mucha claridad que una valoración judicial adecuada de la prueba no consiste en una toma de posición intuitiva acerca de la cuestión probatoria. Tampoco se trata de un mero “sopesar” las circunstancias que hablan a favor y en contra de la comisión del hecho, como se lee no pocas veces.⁴² Una adecuada valoración de la prueba es un procedimiento estructurado de modo mucho más preciso,⁴³ y ello, no sólo desde la perspectiva de la teoría del derecho, sino también en la visión de nuestros tribunales superiores.

En el centro de este procedimiento estructurado se halla una determinada hipótesis, que debe ser examinada desde la perspectiva de su contenido de verdad. En el proceso penal, es la hipótesis formulada en el escrito de acusación, según la cual el acusado realmente habría cometido el hecho que se le reprocha, y esto, por tanto, es parte de la realidad pasada.⁴⁴ Este análisis se realiza, por lo demás, a partir de circunstancias que tengan o pudieran tener, según nuestra experiencia, una cierta fuerza convictiva con relación al contenido de verdad de la hipótesis; justamente, aquellos conocimientos posiblemente relevantes que pudieran surgir del juicio oral: declaraciones testimoniales, piezas de prueba, el reconocimiento por parte del acusado, etc.

Para asumir la verdad de la hipótesis de comisión del hecho, en primer lugar, se requiere que, por lo menos, existan elementos de prueba que confirmen esta hipótesis; p. ej., declaraciones testimoniales de cuya verdad se pueda partir⁴⁵ porque cumplen determinadas condiciones,⁴⁶

³⁹ Cf., p. ej. Jarcke, *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, t. 8 (1828), p. 97 (100 ss.); *idem*, *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, t. 10 (1828), pp. 129 (144 ss., 149 ss., 158); Mittermaier (Fn. 4), S. 126 ff.; v. Savigny, GA 6 (1858), 471 (476, 481 ff., 485 f.); Weber, *Neues Archiv des Criminalrechts*, t. 8 (1825), p. 557 (568 s.).

⁴⁰ Cf., especialmente Kraft, *Erkenntnislehre*, 1960, pp. 241 ss.; de la bibliografía filosófica, véase además Lotze, *Logik*, 1874, t. 2, Cap. 9.º, pp. 421-425 (n.º 278-280); Sigwart / Maier, *Logik*, t. 2, 4.ª ed., 1911, § 99 (pp. 613 ss.).

⁴¹ Cf., al respecto, en profundidad, Engisch (nota 1), pp. 60 ss., 75 ss.; Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles*, 1965, S. 12 ff.; Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 11.ª ed., 2012, pp. 75 s.

⁴² Cf., p. ej., Mittermaier (nota 4), p. 14; Jarcke, *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, t. 10 (1828), p. 129 (134); Geyer (nota 4), p. 93; Mezger, *Suplemento de AcP*, t. 117 (1918), p. 158. Al respecto, críticamente, Frisch (nota 1), p. 857 s.

⁴³ Sobre lo que sigue, detalladamente, ya Frisch (nota 1), pp. 857 ss.

⁴⁴ Examinado con mayor precisión en esta hipótesis, ciertamente, de lo que se trata es de toda una serie de hipótesis más específicas (p. ej., sobre la realización de un acontecer externo, que se corresponde al tipo objetivo de un delito determinado, sobre el actuar en determinada actitud subjetiva, sobre que no estarían dadas determinadas situaciones de hecho excluyentes de la pena, etc.; con mayor detalle al respecto, Frisch (nota 1), pp. 858 s.

⁴⁵ Eso es, en el fondo, una hipótesis ulterior que, por su parte, requiere prueba (o bien un análisis). Sobre los presupuestos de la verdad de esa hipótesis, cf. Frisch (nota 1), pp. 859, con otras referencias.

⁴⁶ Al respecto, con mayor detalle, Frisch (nota 1), p. 859; Engisch (nota 1), pp. 69 ss., y Glaser (nota 4), pp. 214 s., 230 ss., 246 ss., 257 ss.

rastros encontrados en el lugar del hecho u otros indicios. Ya si esto falta, nunca será posible tener por verdadera la hipótesis de comisión del hecho y fundarla racionalmente. Esto es lo que sucede, p. ej., cuando los testigos en el proceso penal ya no pueden recordar o se enredan en contradicciones, y el acusado guarda silencio.

La presencia de ciertas circunstancias (elementos de prueba) que hablan a favor de la comisión del hecho por parte del acusado y que cumplen determinadas condiciones,⁴⁷ por cierto, sólo constituye una primera condición que tiene que darse para que se pueda partir de la veracidad de la hipótesis correspondiente. Tiene que darse un segundo elemento: esto deviene especialmente claro en casos en los cuales, entre los elementos de prueba, se hallan algunos que se contraponen a la hipótesis de comisión del hecho por parte del acusado; como por ejemplo, un testigo que le da al acusado una coartada al momento del hecho.⁴⁸ En tanto tales pruebas opuestas a la veracidad de la hipótesis de comisión del hecho no puedan ser refutadas, existirán dudas serias (*reasonable doubts*) con respecto a la veracidad de esta hipótesis, que no permitirán partir de su veracidad.

El ejemplo recién mencionado, del testigo que da una coartada opuesta a la comisión del hecho, en el fondo, constituye sólo un caso de un grupo mucho mayor de situaciones. Éstas obligan al tribunal a examinar no sólo la hipótesis a ser probada, sino también una serie de otras hipótesis concurrentes que resultan incompatibles con la hipótesis de comisión del hecho.⁴⁹ Esto es así no sólo cuando el acusado, al momento del hecho, no estaba en el lugar, sino en lo del testigo de la coartada. También cuando el acusado afirma que no fue él, sino otra persona de apariencia similar la que debió haber cometido el hecho, surge una de esas hipótesis concurrentes. Lo mismo se aplica cuando el acusado de abuso sexual coactivo, si bien reconoce los actos sexuales, afirma no haberlos realizado contra la voluntad de la víctima sino con su consentimiento, y al respecto, aduce la correspondiente conducta precedente de la víctima. En todos estos casos y en muchos parecidos, el tribunal no puede eludir, en el marco de la valoración de la prueba, el ocuparse

⁴⁷ Se hallan consideraciones interesantes sobre estos presupuestos referidos a los medios probatorios particulares y su contenido de verdad (valor de verdad), en abundante medida, en la bibliografía procesal del siglo XIX; cf., p. ej., Mittermaier (nota 4), pp. 215 ss. (sobre el valor probatorio de dictámenes periciales), pp. 347 ss. (valor probatorio de una declaración testimonial), pp. 432 ss., 435 ss. (prueba de indicios); Glaser (nota 4), pp. 194 ss.; Planck (nota 37), pp. 190 ss.

⁴⁸ Cf. ya Mittermaier (nota 4), p. 73.

⁴⁹ Respecto de ésta, la (o bien una) contrapartida de la hipótesis que configura la tesis a demostrar y su exclusión, con mayor detalle, Engisch (nota 1), pp. 74 ss.; Glaser (nota 4), pp. 138 s.; Klug, *Juristische Logik*, 4.ª ed., 1982, pp. 151 s.; Kunz, ZStW, t. 121 (2009), p. 572 (588, con referencias de la doctrina anglo-americana); Scheinder / Schnapp, *Logik für Juristen*, 6.ª ed., 2006, pp. 180, 182 ss.; en profundidad, Bucher, en: Heldrich / Prölss / Koller (comp.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, 2007, p. 991.

también de estas otras hipótesis acerca de lo verdaderamente acontecido. Esto rige especialmente en los casos de prueba de indicios.⁵⁰ Por lo demás, no es necesario que las respectivas hipótesis hayan sido planteadas *expressis verbis* por el acusado o por su defensor. Basta con que las respectivas posibilidades existan seriamente, tal como ocurre cuando, de la totalidad de las circunstancias del caso, surge que el hurto imputado al acusado también pudo haber sido cometido por otra persona.

En todos esos casos, la hipótesis de comisión del hecho no puede ser tenida por acreditada por el solo hecho de que existan elementos de prueba que la apoyen. El tribunal también tiene que examinar las hipótesis y posibilidades concurrentes, incompatibles con la de la comisión del hecho por parte del acusado. En tanto estas hipótesis, como posibilidades, puedan ser tomadas en consideración seriamente, el tribunal no podrá partir de la base de la verdad del reproche de la acusación. Antes bien, esta asunción (como asunción racional) sólo estará justificada, cuando no sólo la hipótesis de la acusación esté sustentada en elementos de prueba, sino que, a la vez, puedan quedar excluidas las hipótesis concurrentes como posibilidades serias.⁵¹

En el marco de una valoración racional de la prueba, para la exclusión de las hipótesis concurrentes, no es suficiente con simplemente no dar crédito a las hipótesis alegadas por el acusado, o —con apoyo en intuiciones—, afirmar que al tribunal le parece más creíble la declaración de la víctima que la del acusado. Las intuiciones pueden ser muy diferentes y a menudo engañosas, como para poder legitimar sobre esa base la condena de una persona. Para excluir en forma realmente convincente las hipótesis concurrentes con la hipótesis de la acusación se necesitan fundamentos; fundamentos que sean comprensibles intersubjetivamente y que refuten en forma convincente las hipótesis concurrentes, en razón de que ellas se apoyan en la lógica y la experiencia.⁵² Esto es lo que sucede, p. ej., en el caso del hurto, cuando se acredita que, al momento del hecho, ninguna persona, salvo el autor, tuvo acceso a la cosa hurtada, o cuando el testigo de la coartada, al momento del hecho, fue visto por terceros, solo, y no en compañía del acusado. El postulado de tal valoración de la prueba racional, comprensible intersubjetivamente, tiene importantes consecuencias en los casos en los que sólo la declaración de la presunta víctima

⁵⁰ Respecto de esto, en profundidad, ya Glaser (nota 20), pp. 736 ss.; Mittermaier, (nota 4), pp. 402 ss.; de la bibliografía más reciente, Engisch (nota 1), pp. 71 ss.

⁵¹ Acerca de este procedimiento apagógico, absolutamente significativo en la práctica jurídica, además de las referencias de nota 49, con mayor detalle, también Glaser (nota 20), pp. 743 ss. (esp. 744 s.); Lotze (nota 40), Cap. 9, §§ 279 f.; Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, t. 4, 1911, pp. 116 ss.; Rumpf (nota 37), pp. 182 ss.; Sigwart / Maier (nota 40), pp. 616 ss. (esp. 621 s.).

⁵² Respecto de que la valoración de la prueba en su totalidad está regida por la lógica y la experiencia, cf., con mayor detalle, Frisch (nota 1), pp. 857 ss., 862 s.

(de un hecho sexual) se opone a la del acusado.⁵³ En este caso, la mera impresión del juez de que la versión de la víctima es más creíble que la del acusado no es suficiente para asumir racionalmente la veracidad de una versión y la inveracidad de la otra,⁵⁴ sino que, para ello, también aquí serán necesarios fundamentos objetivamente comprensibles y convincentes, tales como el hecho de que la víctima presenta lesiones que no tenía antes y que sólo pueden explicarse como producto de la violencia.

VII. La convicción judicial como resultado de la valoración de la prueba, acorde a la razón práctica, que presupone una alta probabilidad

Hasta aquí con respecto a la estructura de la valoración de la prueba y los requisitos de una valoración racional de la prueba. Naturalmente, sería posible continuar con otras distinciones más finas, pero debo renunciar a ello por razones de tiempo.⁵⁵ Sólo quisiera señalar que lo que dije con relación a la estructura y a los requisitos de la valoración de la prueba no es exclusivamente la opinión de un científico del derecho procesal, sino que, en puntos esenciales, se corresponde con la más reciente jurisprudencia de los tribunales superiores de Alemania. En ella, las sentencias de los jueces de mérito son examinadas en detalle, en cuanto a si se han examinado en forma amplia las alternativas que entran en consideración o si sólo se ha hecho una valoración superficial.⁵⁶ Se analiza si las hipótesis y posibilidades concurrentes fueron excluidas con fundamentos razonables y si se han dado buenas razones para sostener su convicción, esto es, si la convicción del fallo se sustenta en una base objetiva suficiente.⁵⁷

Con el trasfondo de esta estructura de la valoración de la prueba y teniendo en cuenta las exigencias de racionalidad con respecto a una valoración judicial de la prueba adecuada, también caen las críticas al concepto de la convicción. Esto resulta especialmente aplicable a la objeción según la cual al juez se lo obliga a tener por cierto algo que es meramente probable. La convicción del juez no surge a partir de que algo que en un primer momento había tenido sólo por probable, sin más ni más, luego lo tiene por cierto. Antes bien, la convicción y el “tener por verdad” son el

⁵³ Respecto de tales caso de “declaración contra declaración”, con mayor detalle, Velten, en: Wolter (comp.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung – Mit GVG und EMRK*, t. 5, 4.ª ed., 2014, § 261, n.º m. 36; Frisch (nota 2), § 337, n.º m. 130, y Sancinetti (nota 2), pp. 1233 ss.

⁵⁴ En esto coincido completamente con Sancinetti ([nota 2], pp. 1248, 1250).

⁵⁵ Reflexiones de mayor alcance al respecto, en Frisch (nota 1), pp. 857 ss.

⁵⁶ Cf. Frisch (nota 2), § 337, n.º m. 128 ss., 130 s., con profunda exposición de la jurisprudencia.

⁵⁷ Cf. Frisch (nota 2), § 337, n.º m. 125, con profundas referencias ulteriores.

resultado de un procedimiento completamente racional, autónomo, en el cual se analiza la hipótesis de la acusación, especialmente la fuerza de los argumentos que se le oponen, y las hipótesis concurrentes son descartadas tomando en cuenta las leyes del pensamiento y los principios de la experiencia.⁵⁸ Cuando el juez, al culminar este complejo y exigente procedimiento de la razón práctica, sobre la base de fundamentos razonables, está “convencido” de la verdad de la hipótesis acusatoria, esto no es irracional, sino una caracterización completamente adecuada de aquello que constituye el resultado de ese procedimiento. Este procedimiento y su resultado, obtenido y exigido de ese modo, tampoco quedan disminuidos frente a exigencias objetivas de probabilidad. En verdad, contiene una garantía adicional de la corrección de la sentencia judicial y le brinda a la sentencia penal la mejor legitimación posible.⁵⁹ Pues, como es natural, en un procedimiento en el que se debe examinar la pretensión de verdad de una hipótesis según las reglas de la razón práctica, la convicción acerca de la verdad sólo puede ser obtenida por algo que —en los esquemas de análisis de la probabilidad—, al menos, resulta altamente probable.

⁵⁸ Respecto de que aquí se trata de un procedimiento sustancial y estructuralmente por completo distinto del computar y evaluar probabilidades, cf. Frisch (nota 1), pp. 857 ss., 868 ss., 871 s.

⁵⁹ En las consecuencias coincidiendo, Erb (nota 1), pp. 77 ss.; Greger (nota 1), pp. 113 ss.; Hanack, JuS, 1977, p. 727 (728 ss.); Krausbeck, *Konfrontative Zeugenbefragung*, 2010, pp. 204 ss., 206; Volk, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß*, 1980, pp. 11 s.