

La certeza personal como presupuesto de la condena en el proceso penal

Helmut Frister

Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

*Abstract**

El artículo analiza el proceso de formación de la convicción judicial en el procedimiento penal y demuestra que siempre está codeterminado por observaciones y experiencias que no pueden expresarse lingüísticamente y, por lo tanto, por la naturaleza de la cosa no puede ser objetivado ni normativizado de manera acabada. A partir de ello surge un déficit de legitimación básico para toda constatación de la culpabilidad, que resulta de importancia central para comprender el procedimiento penal: tanto el proceso en el que se basa la constatación de los hechos como el examen jurídico de revisión de la constatación de los hechos sólo pueden ser formulados y entendidos de manera apropiada si se es siempre consciente de la naturaleza necesariamente personal y, en esa medida, no controlable conceptualmente, de la formación de la convicción judicial.

Der Beitrag analysiert den Vorgang der richterlichen Überzeugungsbildung im Strafprozess und zeigt auf, dass dieser stets durch sprachlich nicht vermittelbare Wahrnehmungen und Erfahrungen mit bestimmt wird und deshalb der Natur nach weder vollständig objektiviert noch vollständig normativiert werden kann. Er legt dar, dass sich daraus ein prinzipielles Legitimationsdefizit jeglicher Schuldfeststellung ergibt, das für das Verständnis des Strafprozessrechts von zentraler Bedeutung ist: Sowohl das der Tatsachenfeststellung zugrundeliegende Verfahren als auch die revisionsrechtliche Überprüfung der Tatsachenfeststellung können nur dann sachgerecht ausgestaltet und begriffen werden, wenn man sich der notwendigerweise persönlichen und insofern nicht begrifflich kontrollierbaren Natur der richterlichen Überzeugungsbildung stets bewusst ist.

This paper analyzes the process of how a conviction is drawn in a criminal court case, illustrating that the process is governed by ineffable perceptions and experiences. Therefore, by its own nature, it can be neither completely objectivized nor completely normativized. This paper argues that, as a result, a fundamental legitimacy deficit arises concerning each and every finding of guilt. This deficit is of utmost importance in understanding the criminal proceedings: The process underlying the fact-finding as well as the review of the fact-finding process on appeal can only be properly formulated and understood if one constantly bears in mind that the nature of the judicial formation of conviction is inevitably personal and in this respect cannot be controlled conceptually.

Titel: Die persönliche Gewißheit als Verurteilungsvoraussetzung im Strafprozeß.

Title: The personal conviction as a prerequisite to the criminal sentencing process.

Palabras clave: convicción judicial, culpabilidad, proceso penal, valoración de la prueba.

Stichwörter: Die Richterliche Überzeugungsbildung, Schuldfeststellung, Strafprozess, Beweiswürdigung.

Keywords: conviction in sentencing, culpability, sentencing Process, consideration of evidence.

* Traducción de María de las Mercedes Galli y José R. Béguelin del original en alemán "Die persönliche Gewißheit als Verurteilungsvoraussetzung im Strafprozeß", publicado en SAMSON, ERICH/DENCKER, FRIEDRICH/FRISCH, PETER/FRISTER, HELMUT/REIß, WOLFRAM (eds.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Ed. Nomos, 1999, p. 169 y ss.

Sumario

1. *Planteo del problema*
2. *La necesidad de certeza personal para constatar la culpabilidad*
 - 2.1. *Reflexiones previas*
 - 2.2. *La naturaleza personal de la valoración de la prueba*
 - 2.3. *El requisito de certeza*
3. *Consecuencias de la naturaleza personal de la formación de convicción*
 - 3.1. *El déficit de legitimación básico de toda constatación de culpabilidad*
 - 3.2. *Consecuencias para la composición de los tribunales*
 - 3.3. *Consecuencias para el Derecho probatorio*
 - 3.4. *Consecuencias para el examen de la valoración probatoria en la instancia de revisión*
4. *Bibliografía*

1. *Planteo del problema*

Según el § 261, StPO, el tribunal decide acerca del resultado de la prueba recibida de acuerdo con su “libre convicción formada sobre la totalidad del debate”. La convicción que se exige allí, como es sabido, sólo puede lograrse mediante una conclusión por indicios – porque el suceso fáctico, que pertenece al pasado, ya no puede ser percibido de manera directa –: el tribunal considera si el material probatorio presenciado de modo directo en la audiencia de debate (las declaraciones del acusado, de los testigos y de los peritos, así como los medios de prueba materiales presentados) sólo puede ser explicado en su conjunto a través de la situación de hecho que se pretende demostrar o también de otras maneras. Si, con arreglo a las máximas empíricas y las leyes del pensamiento, la explicación sólo es posible mediante la situación de hecho que se pretende demostrar, entonces se infiere la existencia de esta última a partir de la existencia del material probatorio presenciado de manera directa.

GERALD GRÜNWARD, al analizar en profundidad la estructura de este proceso de formación de la convicción, hizo hincapié en que el suceso histórico de un hecho punible nunca puede probarse con “la firmeza propia de la lógica o las matemáticas” y tampoco con la “relativa seguridad que se conoce en las ciencias naturales”¹. La formación de la convicción judicial está cargada de inseguridades en todos los casos –lo cual con frecuencia se ignora aún hoy en la literatura procesal penal²–, que surgen de la propensión natural a cometer errores, presente en todo conocimiento humano (también en el lógico y en el matemático), y también de la refutabilidad propia de todas las ciencias empíricas. Estas inseguridades específicas resultan del hecho de que

¹ GRÜNWARD, *Das Beweisrecht der Strafprozessordnung*, 1993, p. 85 y ss. (p. 89).

² Véase, p. ej., FREUND, *Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung”*, 1987, p. 56 y s.; y STEIN en *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts*, 1995. Ambos parten de la base de que existe una “situación probatoria inequívoca” (FREUND, ob. cit.) en la cual las dudas restantes acerca de la exactitud de la constatación de los hechos sólo son de naturaleza epistemológica y de principios.

la convicción acerca de un suceso histórico no presenciado personalmente – también en el caso de la así llamada prueba material³ – siempre se basa en lo que informan otras personas.

Ya en razón de la falta de máximas empíricas concluyentes para valorar el contenido de verdad de lo que informan otras personas, toda cadena de prueba contiene –tal como lo formula GRÜNWALD⁴– “eslabones cuyas conexiones con los demás sólo consisten en un juicio de probabilidad”, es decir que en todos los casos también existe la posibilidad de explicar el material probatorio presenciado en el juicio, sin contradicciones y sin perjuicio de las máximas empíricas concluyentes, de manera distinta al hecho que se pretende demostrar. La pregunta acerca de cuándo puede condenar el juez al acusado a pesar de estas posibilidades de explicaciones distintas, que siempre persisten, es contestada por GRÜNWALD⁵ de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal⁶ y la doctrina dominante⁷ en el sentido de que el juez tiene que haber alcanzado la “certeza personal (‘subjektiva’)” acerca de la culpabilidad del acusado. Según esta concepción, el juez no puede ni debe tomar en consideración otras posibilidades de explicación del material probatorio cuando ellas no ponen en tela de juicio su “certeza personal” acerca de que el acusado es culpable.

En la discusión procesal penal se cuestiona en general que esta “certeza personal” del juez pueda ser una condición suficiente para la condena⁸. Según la concepción hoy completamente dominante, una condena no puede resultar sólo de una valoración personal, sino que también presupone un determinado resultado de prueba “objetivo” que la mayoría de las veces es definido como “alta probabilidad”⁹, y en parte también como “probabilidad lindante en la seguridad”¹⁰ respecto de la culpabilidad del acusado. Este requisito “objetivo” de la condena supuestamente complementa el criterio de la “certeza personal”, de modo que la condena de un acusado según la concepción hoy dominante parece presuponer dos cosas: del material

³ Toda prueba física presupone una relación del objeto de prueba con el suceso fáctico que no resulta del propio objeto, sino recién de lo que informa un tercero. Así, p. ej., la fuerza probatoria del resultado del relevamiento de huellas se genera recién cuando el juez, con apoyo en los informes de los funcionarios encargados de la investigación, parte de la base de que las huellas obtenidas surgieron efectivamente del lugar del hecho. Lo mismo rige incluso respecto de las reproducciones fotográficas, filmográficas o televisivas del suceso fáctico. Dado que tales reproducciones pueden ser alteradas o falsificadas, la fuerza probatoria depende de manera decisiva de su procedencia, que sólo puede deducirse a partir de lo que informen terceros.

⁴ GRÜNWALD, *Das Beweisrecht der Strafprozessordnung*, 1993, p. 89.

⁵ GRÜNWALD, *Das Beweisrecht der Strafprozessordnung*, 1993, p. 89.

⁶ Fundamental, BGH, GA, 1954, p. 152 y BGHSt, t. 10, p. 208. La jurisprudencia del Tribunal del *Reich*, en cambio, no era uniforme (véase en detalle la exposición y las referencias en MEURER, “Beweiswürdigung, Überzeugung und Wahrscheinlichkeit”, *FS-Tröndle*, 1989, pp. 533, 536, notas 11 y 12: la muy citada decisión RGSt, t. 61, pp. 202, 206 pretendía –si bien probablemente la diferencia era sólo de formulación (véase al respecto MEURER, ob. cit., pp. 533, 542 y ss.)– “conformarse con un grado de probabilidad tan alto como el que surja de la aplicación más exhaustiva y concienzuda posible de los medios epistémicos existentes”.

⁷ Véase, por todos, GOLLWITZER, “§ 261” en Löwe-Rosenberg, § 261, n.º m. 7 y ss.; SCHLÜCHTER, “§ 261” en *SK StPO*, 1995, § 261, n.º m. 53 y s.; y EISENBERG, *Beweisrecht der StPO*, 1996, n.º m. 89 y s.; todos con otras referencias.

⁸ Véase al respecto, en particular, PETERS, *Strafprozessrecht*, 1985, p. 298 y ss.

⁹ BGH, *StV*, 1993, p. 510; GOLLWITZER en Löwe-Rosenberg, 1986, § 261, n.º m. 13; SCHLÜCHTER en *SK StPO*, 1995, § 261, n.º m. 54; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 1995, 15/13; HERDEGEN, “Tatgericht und Revisionsgericht - insbesondere die Kontrolle verfahrensrechtlicher “Ermessungsentscheidungen”, en *FS-Kleinknecht*, 1985, pp. 173, 178; HERDEGEN *NStZ*, 1987, pp. 193, 197 y ss.; HERDEGEN, *StV*, 1992, pp. 527, 533; y también FOTH, *NStZ*, 1992, pp. 444, 445, quien sólo niega que este presupuesto sea pasible de revisión.

¹⁰ FINCKE; GA, 1973, pp. 266, 272; KÜHNE; *Strafprozesslehre*, 1993, n.º m. 565.

probatorio incorporado en el juicio debe surgir “objetivamente” una alta probabilidad de que el acusado sea culpable, y el juez tiene que haber alcanzado “personalmente”, sobre la base de ese material probatorio, la “certeza” acerca de la culpabilidad del acusado.

Más allá de ello, en los tiempos más recientes la certeza personal es cada vez más cuestionada también en cuanto condición necesaria para la condena. La jurisprudencia y la doctrina dominante, según esta crítica, se quedarían a mitad de camino si, junto al resultado “objetivo” de la prueba que se requiere para una condena, se aferraran además a la “certeza personal” del juez como presupuesto de la condena en el proceso penal¹¹. Una concepción semejante conduciría a hacer de un error del juez un presupuesto de admisibilidad de la condena¹². En consecuencia, el juez sólo podría condenar si sobrevalorara la fuerza probatoria del material presentado en la audiencia de debate¹³ y si reprimiera psíquicamente el riesgo de una condena errónea que, considerado de manera objetiva, existe en todos los casos¹⁴. El que se dé tal represión no depende, según esta concepción, de que el reproche de culpabilidad sea correcto, sino de la tendencia del juez a la represión interna como estrategia psíquica de descongestión, y de las influencias situacionales, tales como la falta de tiempo o las expectativas del entorno, de modo que sería inadecuado exigir certeza personal como garantía de que la constatación de la situación de hecho sea correcta¹⁵.

Quienes sostienen esta crítica reciente al requisito de certeza personal coinciden en que una concepción racional de la constatación de los hechos en el proceso penal tendría que dar a conocer en la sentencia el riesgo de una condena errónea existente en cada caso y decidir si se lo debe asumir o no ponderando el interés en la efectividad de la administración de justicia penal, por un lado, y el interés en la protección frente a condenas erróneas, por el otro¹⁶. Pero las opiniones se dividen cuando se aborda la pregunta de cuáles deberían ser los aspectos determinantes para esta ponderación. HOYER considera que sólo es relevante la medida del riesgo remanente de una condena errónea¹⁷, STEIN quiere tomar en cuenta, además de la medida, la clase de riesgo de condena errónea y, de ese modo, someter la decisión a la cuestión de en qué medida una administración efectiva de justicia penal depende de la asunción de cada clase de riesgo de condena errónea¹⁸ y FREUND quiere atender, ante todo, a la circunstancia de si al acusado inocente le sería posible y exigible presentar otros elementos de descargo o proveer indicios de la imposibilidad de producir esa presentación¹⁹.

¹¹ FREUND, *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung"*, 1987, p. 46 y ss.; HOYER, *ZStW*, 1993, t. 105, pp. 523, 533 y s. y *passim*; STEIN, "Gewißheit" und "Wahrscheinlichkeit" im Strafverfahren: Entscheidungsnormen als Teil des Verhaltensnormensystems", en WOLTER (ed.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts*, 1995, pp. 233, 256 y s. y *passim*.

¹² De manera explícita, HOYER, *ZStW*, 1993, t. 105, pp. 523, 533.

¹³ HOYER, *ZStW*, 1993, t. 105, pp. 523, 533; de modo similar, ya FREUND, *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung"*, 1987, p. 102.

¹⁴ STEIN en *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts*, 1995, pp. 233, 256.

¹⁵ STEIN en *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts*, 1995, pp. 233, 256 y s.

¹⁶ FREUND (1987), *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung"*, p. 56 y ss.; HOYER (1993), *ZStW*, t. 105, pp. 523, 537 y ss.; STEIN (1995), en *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts*, p. 233 y ss.

¹⁷ HOYER, *ZStW*, 1993, t. 105, pp. 523, 534 y ss.

¹⁸ STEIN, en *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts*, 1995, pp. 233, 250 y ss.

¹⁹ FREUND, *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung"*, 1987, p. 56 y ss.

El reparo obvio de que tales concepciones conducirían a legitimar penas de sospecha que se creen ya superadas es contestado por sus partidarios señalando que las penas impuestas por los tribunales siempre serían, por la naturaleza de la cosa, penas de sospecha, debido al riesgo de una condena errónea que nunca puede excluirse²⁰. La crítica al requisito de certeza personal no apuntaría a facilitar las condenas penales sino a determinar los presupuestos de esas condenas de tal manera que se tornara posible una decisión consciente y controlable acerca de la asunción de riesgos de condenas erróneas²¹. El requisito de certeza personal encubriría el riesgo de una condena errónea existente en el caso concreto y, de ese modo, haría imposible tomar una decisión con argumentos objetivos acerca de su asunción²². En su lugar, se hace depender la condena de la constitución personal y aleatoria del juez, lo que no sería compatible con la prohibición de arbitrariedad y, de ese modo, en última instancia tampoco lo sería con el art. 3, I de la Ley Fundamental²³.

Esta crítica me parece de peso suficiente –en particular ante el trasfondo de que siempre surgen casos en los que los jueces alcanzan la certeza personal requerida para la condena sobre la base de fundamentos que son a todas luces completamente insuficientes²⁴– como para examinar de manera detallada una vez más el significado de la certeza personal del juez respecto de la constatación de la culpabilidad en el proceso penal. Mis reflexiones se dividirán en dos partes. En la primera, defenderé el criterio de la certeza personal contra la crítica referida y expondré que, a causa de la imposibilidad de un juicio “objetivo” sobre el resultado de la prueba recibida, la certeza personal del juez tiene que ser considerada no sólo como condición necesaria sino incluso –en contra de la formulación hoy dominante– como condición suficiente de la constatación de la culpabilidad en el proceso penal (*infra* II). En la segunda parte analizaré la cuestión acerca de cuáles son las consecuencias que deben extraerse de la naturaleza inevitablemente personal de la constatación de la culpabilidad para la legitimación de la condena penal y la configuración del proceso penal (*infra* III).

2. La necesidad de certeza personal para constatar la culpabilidad

2.1. Reflexiones previas

Existen dos vías posibles para defender la certeza personal como presupuesto de la condena frente a la crítica referida al comienzo. Por un lado, se puede procurar una fundamentación en el sentido de que el requisito de certeza personal, en contra de lo que afirma la crítica, sigue siendo el más apropiado para garantizar que la constatación de los hechos en el proceso penal sea correcta y, de ese modo, para evitar condenas de inocentes. Por otro lado, se puede intentar

²⁰ STEIN en *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts*, 1995, pp. 233, 261.

²¹ STEIN en *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts*, 1995, pp. 233, 257.

²² FREUND, *Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung,”* 1987, p. 47 y s.

²³ STEIN en *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts*, 1995, pp. 233, 257.

²⁴ Un ejemplo extremo de tiempos recientes es una sentencia del Tribunal Regional de Stuttgart revocada por el Tribunal Supremo Federal, en la que la acusada de haber asesinado a su sobrina fue condenada a la pena de prisión perpetua sin que se hubiera constatado un motivo para cometer el hecho u otro indicio que la señalara directamente como autora (véase BGH, StV, 1997, p. 62).

defender que de ninguna manera interesa la cuestión de si el requisito es apropiado para garantizar que la constatación de los hechos sea correcta, porque la exigencia de certeza personal en el proceso penal es irrenunciable por otros motivos. En las consecuencias, considero que sólo la primera vía es transitable, pero antes quisiera analizar, al menos brevemente, los intentos de asignar al requisito de certeza personal una función distinta a la de garantizar que la constatación de los hechos sea correcta.

En la literatura, la necesidad de la certeza personal del juez se funda en parte en la reflexión de que sin esa certeza no se le puede exigir al juez que condene al acusado²⁵. Esta argumentación no es sólida ya por el hecho de que –por más comprensibles que sean las presiones anímicas de los jueces– el interés de “tener la consciencia limpia” respecto de una condena sólo tiene una importancia subordinada frente a los demás bienes jurídicos que se encuentran en juego en el proceso penal. Al menos ese interés no puede legitimar por sí solo el requisito de certeza personal, con independencia de la característica de este último de ser apropiado para garantizar que la constatación de los hechos sea correcta. Si la certeza personal del juez –según lo afirma la crítica– fuera efectivamente inapropiada para impedir que se condenen inocentes, sería realmente cínico exigir tal certeza con el argumento de que al menos le daría al juez la sensación de que no está condenado a un inocente.

Lo mismo vale también respecto del intento de la doctrina de legitimar el requisito de certeza personal sobre la base de que fomentaría el efecto de prevención general de la sentencia²⁶. Puede ser que la confianza jurídica de la generalidad se fortalezca más con la condena cuando el juez expresa en la sentencia que ha alcanzado la certeza personal acerca de la culpabilidad del acusado. Pero, entonces, eso se debe a que, gracias a ese comunicado, la generalidad tendrá una mayor confianza en la exactitud de la constatación de los hechos. Por lo tanto, la legitimación preventivo-general del requisito de certeza personal también depende de su idoneidad para garantizar que la constatación de los hechos sea correcta. Esto sólo sería distinto si se considerara correcto engañar a la generalidad y se quisiera legitimar el presupuesto de la certeza personal con el argumento, no menos cínico, de que al menos ella le da a la generalidad la sensación de que no se ha condenado a un inocente.

Dado que esto no se puede tomar en consideración seriamente, la legitimación del requisito de certeza personal depende por completo de su idoneidad para garantizar que la constatación de los hechos sea correcta. Para poder valorar esa idoneidad, antes se tiene que dejar en claro qué se debe entender por la “certeza personal” exigida y en qué relación se encuentra el juicio de certeza “personal” respecto del juicio de alta probabilidad “objetiva” también exigido para condenar. Al respecto, en la literatura procesal penal se encuentran, ya desde hace tiempo, dos ideas radicalmente diferentes que, sin embargo, la mayoría de las veces no son distinguidas en las discusiones, o lo son sólo de manera equívoca²⁷: la certeza personal del juez es entendida, por un

²⁵ HERDEGEN, *NStZ*, 1987, pp. 193, 197; HERDEGEN, *FS Kleinknecht*, 1985, pp. 173, 178; JEROUSCHEK, *GA*, 1993, pp. 493, 513.

²⁶ VOLK, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess*, 1980, p. 11.

²⁷ La concepción de la certeza personal como conocimiento “intuitivo” que conceptualmente no se puede fundar

lado, como *conocimiento* de la verdad de la situación de hecho en cuestión, que no se puede fundamentar (conceptualmente) y que es “intuitivo” o “guiado por los sentimientos”²⁸, y, por otro lado, como mera *adhesión* interna del juez a la verdad de esa situación de hecho²⁹.

Si se entiende la certeza personal como *adhesión* interna a la verdad de la situación de hecho a constatar, en el mejor de los casos ella podría ser beneficiosa para el descubrimiento de la verdad en la medida en que esto probablemente fomente que el juez se esmere particularmente al constatar la situación de hecho en razón de la necesidad de identificarse con la verdad de esta última (es decir, la necesidad de encontrarse “con su entera persona y personalidad detrás de la decisión”³⁰). Sin embargo, la existencia de tal “efecto jurídico-pedagógico”, que en parte es presentado en la literatura como legitimación de este requisito³¹, es completamente incierta. Si bien puede haber jueces que se motiven en la necesidad de una “aceptación interna” tal como se describió, la crítica ha señalado con razón que tampoco puede descartarse que se dé el efecto contrario³²: el hecho de que el juez no tenga que admitir públicamente el riesgo de una condena errónea y que la asunción de ese riesgo no tenga que ser legitimada públicamente, también podría conducir a un trato menos metódico de la constatación de los hechos.

2.2. La naturaleza personal de la valoración de la prueba

Por lo tanto, sólo puede haber perspectivas de una fundamentación convincente de la certeza personal como presupuesto de condena si se la interpreta, de acuerdo con la tradición fundada por BECCARIA, como *conocimiento* “guiado por los sentimientos” o –de modo más acertado según mi parecer– “intuitivo”. Tal interpretación tampoco es posible sin una especulación metafísica –en contra de un prejuicio generalizado en la literatura³³–. Si bien el concepto de intuición se emplea en parte en la filosofía como caracterización de una inspiración divina u otra forma no empírica de conocimiento³⁴, también se habla de conocimiento intuitivo cuando el sujeto no está

se equipara incorrectamente, con frecuencia, con una concepción irracional de la formación de la convicción (así, decididamente KÜPER, con referencia al ambiguo concepto de la “*intime conviction*”, *FS-Peters*, 1984, pp. 23, 27 y s., pp. 30, 45 y *passim*); acerca de este malentendido, véase enseguida en el texto.

²⁸ Así, ya BECCARIA, *Verbrechen und Strafe* (reimpresión de la edición de Leipzig de 1905), p. 79: “es más fácil percibir la certeza moral que definirla exactamente”; en la nueva literatura, p. ej., RIEB, *GA*, 1978, p. 257: la certeza personal (también) es el resultado de un conocimiento “que no se puede fundamentar de manera completamente racional”; y también GRÜNWARD, *Das Beweisrecht der Strafprozessordnung*, 1993, p. 90: el proceso de valoración de la prueba no puede “analizarse en cada una de sus partes” y, por lo tanto, no puede “comunicarse a otro de manera perfecta”.

²⁹ Véase en esta línea, p. ej., la formulación de KÜPER, “Historische Bemerkungen zur ‘freien Beweiswürdigung’ im Strafprozess”, *FS-Peters*, 1984, pp. 23, 45: “identificación personal con la ‘verdad’ de la situación de hecho constatada”; HANACK, *JuS*, 1977, pp. 727, 728: “factor detrás del cual también se encuentra la persona del juzgador”; P. A. ALBRECHT, *NSfZ*, 1983, pp. 486, 488: “elemento personal o autoritativo de la constatación de la situación de hecho”; HERDEGEN, “Tatgericht und Revisionsgericht - insbesondere die Kontrolle verfahrensrechtlicher ‘Ermessungsentscheidungen’”, *FS-Kleinknecht*, 1985, pp. 173, 177: “aceptación interna del resultado alcanzado mentalmente”.

³⁰ Según la formulación de HANACK, *JuS*, 1977, pp. 727, 729.

³¹ Así, p. ej., HANACK, *JuS*, 1977, pp. 727, 729.

³² STEIN en *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts*, 1995, p. 257; en sentido similar, ya FINCKE, *GA*, 1973, pp. 266, 267.

³³ Véase en particular KÜPER, *FS-Peters*, 1984, pp. 23, 27 y s., pp. 30, 45 y *passim*, con otras referencias.

³⁴ En detalle respecto de los diferentes sentidos del concepto de intuición en la historia de la filosofía, véase

en condiciones de fundamentar (conceptualmente) su conocimiento. En este sentido –al que ya se refería BECCARIA³⁵– la certeza personal es el resultado de un proceso intuitivo de conocimiento ya cuando se basa por completo o en parte en percepciones y experiencias del juez, de las cuales él mismo no tiene un concepto formado.

La posibilidad, en principio existente, de tal forma no conceptual de conocimiento empírico no es una especulación, sino que a menudo se demuestra mediante la experiencia. Cuando una persona experimenta con la frecuencia suficiente un determinado acontecimiento, lo puede predecir con relativa seguridad, sin necesidad de que las percepciones y experiencias requeridas para esa predicción le resulten conceptualmente conocidas. SCHOPENHAUER, en cuya filosofía esta forma no conceptual de conocimiento juega un papel importante³⁶, menciona el ejemplo del jugador de billar que prevé el curso de la bola sin haber escuchado nunca de las leyes del impulso de los cuerpos elásticos. Tal vez impresione más la evaluación que hace un arquero de fútbol experimentado respecto de la trayectoria de la pelota cuando se lanza un centro, porque allí la evaluación no sólo se da sin el conocimiento matemático necesario, sino que la percepción de los datos necesarios (ángulo de despegue, velocidad y efecto de la pelota, condiciones del viento, etc.) de ningún modo puede darse conceptualmente en razón del poco tiempo del que dispone.

Sin lugar a dudas, en la valoración de la prueba del juicio oral también se da la capacidad de apreciación intuitiva en este sentido. Por regla general, todo lego –y con más razón un juez experimentado– ya tiene una opinión, p. ej., acerca del contenido de verdad de las declaraciones de los testigos, antes de hacer una reflexión conceptual sobre su credibilidad. Esto se explica en que el método empleado en el proceso para constatar los hechos, consistente en deducir hechos diferentes a partir de los hechos observados por sí mismo, es ejercitado en su estructura básica por toda persona desde pequeña. Dado que, en todo caso, en la sociedad actual los hechos observados por uno mismo no otorgan por sí solos una orientación suficiente acerca del mundo, el hombre depende existencialmente de la deducción de conocimientos sobre otros hechos a partir de lo que le informan otras personas, o de otros indicios. En esa medida, toda persona adulta dispone, para constatar una situación de hecho, de un trasfondo empírico –cuya amplitud varía según las experiencias de la vida– que le permite valorar la prueba intuitivamente –aunque, desde luego, esa valoración de ningún modo es infalible³⁷–.

Sin embargo, la mera posibilidad de tal valoración intuitiva no es aún un motivo para hacer depender la constatación de la situación de hecho en el proceso penal del juicio intuitivo del juez.

KOBUSCH en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, 1976, t. 4, voz “Intuición”. Una exposición breve y precisa se encuentra en el *Philosophielexikon* (1991) editado por Anton Hügli y Poul Lübcke, voz: Intuición.

³⁵ El iluminista BECCARIA seguramente no tenía la intención de basar la condena penal en una forma no empírica de conocimiento. Recién con el desarrollo posterior –en particular en la línea de los hegelianos– se realizó la certeza que (conceptualmente) no se puede fundar en parte como resultado de un proceso no empírico de conocimiento (véase la exposición, acertada en este aspecto, y las referencias en KÜPER, *FS-Peters*, 1984, pp. 23, 30).

³⁶ Véase el § 12 del primer libro de “*Die Welt als Wille und Vorstellung*”, así como el capítulo 7.º de las ampliaciones correspondientes al mismo libro en: *SÄMTLICHE WERKE* (edición Cotta/Insel, 1960), t. 1, p. 97 ss. y t. 2, p. 95 y ss. El ejemplo mencionado en el texto se encuentra en el t. 1, p. 100 y s.

³⁷ El reconocimiento de la capacidad intuitiva de apreciación resultante de la experiencia de la vida respecto de la constatación de la situación de hecho no tiene ninguna relación con la proclamación de una “primacía absoluta de la ‘sana razón humana’, que lleva en sí la medida de su infalibilidad” (KÜPER, *FS-Peters*, 1984, pp. 23, 27).

Si la valoración intuitiva de la prueba se pudiera formular sin que se perdiesen partes del conocimiento adquirido, es decir, si el juicio intuitivo no contuviera ningún conocimiento que fuera más allá del resultado de la prueba que se puede fundamentar (conceptualmente), no se le debería asignar ningún valor autónomo aparte del resultado “objetivo” de la prueba. Recién cuando se introducen en la valoración intuitiva percepciones y experiencias que de ningún modo pueden expresarse en palabras, el estado de la cuestión se presenta de otra manera. La constatación de la situación de hecho en el proceso penal, entonces, no se podría objetivar de manera completa, ya por la naturaleza de la cosa, de manera que en todos los casos se debería hacer depender la condena de una valoración personal del juez que no puede ser fundamentada (conceptualmente) de manera acabada. Entonces, sólo restaría decidir aún sobre el contenido de esa valoración, es decir, sobre la cuestión de si el juez tiene que considerar personalmente que la culpabilidad es cierta o simplemente que es altamente probable.

Por lo tanto, para fundamentar la certeza personal como presupuesto de la condena se debe expresar, en primer lugar, que la valoración de la prueba no puede formularse en palabras sin que se pierdan partes del conocimiento adquirido. Esto no genera dificultades en el punto de partida, pues el que la percepción del material probatorio en el debate del juicio no puede ser plasmada lingüísticamente en su totalidad es considerado en la literatura procesal penal, con razón, como una perogrullada³⁸ a partir de la experiencia con las actas del proceso de la Inquisición en las que se asentaban gestos y ademanes³⁹. El debate proporciona una cantidad de expresiones verbales y no verbales tan grande que una parte considerable de los factores relevantes para la valoración de la prueba no puede ser reproducida por el juez, porque sólo la percibió de manera inconsciente. Y reproducir las impresiones percibidas conscientemente es posible también sólo en forma limitada, porque con frecuencia la realidad es mucho más variada y tiene muchos más matices que los conceptos que ofrece la lengua para describirla. Esto vale sobre todo para la mímica, los gestos, la entonación y todas las demás formas no verbales de comunicación. Ya una expresión del rostro o un gesto apenas pueden ser expresados conceptualmente⁴⁰. Con más razón esto vale, naturalmente, respecto de la impresión general – caracterizada por la conjunción de un sinnúmero de expresiones del rostro y de gestos – del comportamiento de una persona (durante una declaración)⁴¹.

³⁸ Véase por todos GOLLWITZER en *Löwe-Rosenberg*, 1986, § 261, n.º m. 14 y ss.; JERUSCHECK, *GA*, 1992, pp. 493, 504; y HERDEGEN, *FS-Kleinknecht*, 1985, pp. 173, 179, quien, sin embargo – a pesar de que quiere aferrarse al requisito de la certeza personal surgida del debate de juicio – al mismo tiempo señala que el fundamento de la condena y de la medida de la pena no podrían ser impresiones que no pueden expresarse en palabras (ob. cit., p. 174). Dado que, según una lectura literal, esto es una contradicción manifiesta, probablemente HERDEGEN sólo quería expresar con esta observación que la valoración de la prueba debía ser reflejada lo más conceptualmente posible, es decir, que la valoración del material probatorio no podía consistir solamente en la “invocación de una vivencia difusa” (p. 174).

³⁹ Véase al respecto ZACHARIÄ, *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafprozesses*, 1846, p. 163 y ss.

⁴⁰ Véase al respecto ya SCHOPENHAUER, *Sämtliche Werke* (edición Cotta/Insel, 1960), 1960, t. 1, p. 102 y s.

⁴¹ Cuán irreal es esta idea de que el juez puede expresar íntegramente tal impresión general se pone particularmente de manifiesto si se tiene presente que la transmisión lingüística de tales impresiones es un aspecto esencial y una dificultad esencial de la creación literaria. Exigirle al juez que describa el comportamiento de una persona (durante la declaración) de manera que el lector lo tenga realmente “delante de sus ojos”, significaría exigirle algo que ni siquiera logran los grandes escritores.

Pero la imposibilidad de reproducir de manera completa las percepciones del debate de juicio, de ningún modo es la única razón por la que la valoración de la prueba no puede ser expresada sin que se pierdan partes del conocimiento adquirido. Al menos igualmente importante es el hecho de que la experiencia que ingresa en la valoración de la prueba también es asequible conceptualmente sólo de manera muy limitada. La experiencia conceptual sólo surge cuando se expresa lo vivido. Pero esto sucede muy esporádicamente en el caso de las experiencias de la vida que ingresan a la valoración de la prueba, porque el hombre sólo de manera excepcional reflexiona en su vida diaria acerca de por qué considera creíble lo que dice otra persona o por qué considera concluyentes otros indicios de la existencia de la situación de hecho en cuestión. Y aun cuando tuviera lugar una reflexión conceptual semejante, la experiencia puede surgir en forma conceptual sólo en la medida en que sea posible expresar las respectivas percepciones: las máximas empíricas sólo pueden ser formuladas como relaciones entre ideas transmisibles en palabras y el contenido de verdad de una expresión, mientras que el juicio intuitivo se basa en experiencias de relaciones entre las ideas inmediatas mismas y el contenido de verdad de las expresiones⁴².

Debido a que en el juicio intuitivo ingresa experiencia no conceptual, lo que importa respecto de la parte de la valoración de la prueba que no se puede fundar —aunque no se toma en consideración de manera suficiente en el Derecho probatorio ni en el Derecho de los recursos⁴³— no es tan sólo la impresión inmediata que el juez tiene de un testigo u otro declarante en el debate. La cuestión de si otra posibilidad de explicación —siempre existente— del material probatorio es meramente “teórica” es decidida por el juez de acuerdo con su experiencia de la vida sólo expresada en parte, aun cuando el material probatorio consista principalmente en pruebas materiales o cuando se le presenten las explicaciones de una persona sólo indirectamente en forma de transcripciones de interrogatorios u otros escritos. Por lo tanto, en general y no sólo en los casos en que se trata de una impresión suscitada en la audiencia de debate, no es posible una fundamentación completa de la valoración de la prueba. Con ello se explica por qué la apreciación de la situación probatoria en que se basan el requerimiento de juicio de la fiscalía o el dictado de una orden penal* siempre es de naturaleza *personal* —a pesar de que no se basa en la observación directa de una audiencia de debate—.

A modo de conclusión provisional, se puede afirmar que la conclusión por indicios que constituye la valoración de la prueba contiene en todos los casos elementos que no se pueden expresar en palabras. Esto no significa solamente que la valoración de la prueba nunca podrá ser comunicada a otra persona de manera completa y que, en este sentido, es siempre un juicio personal. Significa también, y en primer lugar, que el propio juez nunca puede controlar su juicio de manera completamente conceptual. Y esto tiene por consecuencia —como ya se señaló— que no se puede exigir una decisión consciente orientada por criterios normativos acerca de la

⁴² De este modo se comprende por qué las reglas de la psicología del testimonio son válidas siempre bajo reserva de las circunstancias del caso concreto (no expresables conceptualmente) (véase acerca de esa reserva, p. ej., EISENBERG, *Beweisrecht*, 1996, n.º m. 1463 y 1469).

⁴³ Véase al respecto, *infra* III. 3. y 4.

* Con la expresión “orden penal” se alude al procedimiento sumario regulado en el § 407 y ss., StPO, por el que puede optar la fiscalía en el caso de los delitos menos graves, evitando así el juicio. (N. de Tr.)

asunción del riesgo de una condena errónea existente en el caso concreto, tal como lo hace la crítica referida al comienzo respecto del requisito de la certeza personal⁴⁴. Una decisión consciente, orientada por criterios normativos, presupone que el objeto de la decisión pueda ser comprendido conceptualmente, y ese, precisamente, no es el caso cuando se trata del riesgo de una condena errónea existente en un supuesto concreto.

En razón de la naturaleza (en parte) intuitiva de la valoración de la prueba, el riesgo de una condena errónea no se puede concebir numéricamente⁴⁵ ni se puede describir conceptualmente mediante la diferenciación entre distintos tipos de dudas. Esto último ya no es posible porque para describir el riesgo de una condena errónea no alcanza con indicar las posibles explicaciones restantes (hipótesis alternativas) del material probatorio percibido en la audiencia de debate⁴⁶. El riesgo de una condena errónea no depende solamente de esas otras posibilidades de explicación, sino también, y en igual medida, de la explicación del material probatorio a través de la situación de hecho a constatar. Recién de la relación entre la probabilidad general de la explicación del material probatorio a través de la situación de hecho a constatar y la probabilidad general de la explicación a través de otras situaciones de hecho, surge el riesgo restante de una condena errónea en el caso concreto⁴⁷, de manera que para su descripción, la situación probatoria total siempre tiene que ser formulada, lo que no resulta posible por las razones expuestas.

Pero, frente a lo dicho, no sólo es una ilusión exigir del requisito de certeza personal, como lo hace la crítica, que la decisión respecto de la asunción de los riesgos restantes de condena errónea sea consciente y orientada a criterios normativos. La concepción hoy sostenida por la mayoría, según la cual la condena presupone, además de la certeza personal del juez, una alta probabilidad de que el acusado sea culpable como resultado de prueba objetivo⁴⁸, también aparece equívocamente formulada. Dado que la conclusión por indicios que constituye la valoración de la prueba contiene en todos los casos elementos que no pueden ser expresados en

⁴⁴ Véase *supra* nota 16.

⁴⁵ Esto, por lo demás, no surge en primer lugar de la estructura (en parte) intuitiva de la valoración de la prueba, sino también ya de que en la valoración de la prueba siempre juegan un rol las apreciaciones cuantitativas no expresables en números (al respecto, GRÜNWALD, *Das Beweisrecht der Strafprozessordnung*, 1993, p. 90). Por lo tanto, aun cuando se pudieran nombrar todas las razones de la valoración de la prueba, la propuesta de HOYERS, *ZStW*, 1993, t. 105, pp. 523, 534 y ss. [p. 541] de exigir una probabilidad de culpabilidad de al menos 95,74 %, que surge del cálculo de la relación entre la pena máxima del § 211, StGB, por un lado, y del § 353c, StGB, por el otro, no sería practicable (en igual sentido STEIN en *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts*, 1995, pp. 233, 255, quien además, con acierto y moderadamente en la formulación, advierte que el cálculo de la probabilidad necesaria de HOYERS “no es plausible en absoluto”).

⁴⁶ Sin embargo, aparentemente en este sentido, FREUND, quien —aun cuando en las conclusiones rechaza esta idea— considera la posibilidad de decidir si condenar o no de acuerdo con la clase de “hipótesis alternativas que no se pueden excluir” (*Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung”*, 1987, p. 82 y s.).

⁴⁷ Así, p. ej., en un proceso penal por conducción en estado de ebriedad, en el que, por un lado, se presenta como medio de prueba un análisis de sangre que, según todas las apariencias, ha sido llevado a cabo reglamentariamente, pero por otro lado un médico ha declarado de manera fidedigna en el debate de juicio que el acusado sufre de una intolerancia al alcohol que tendría por consecuencia que no podría haber sobrevivido a la concentración alcohólica supuestamente constatada, la explicación del material de prueba en su conjunto a través de la situación de hecho a constatar es al menos tan improbable como la explicación a través de una equivocación respecto de las pruebas de sangre en el laboratorio, de manera que, sin importar la reducida probabilidad de que haya habido una equivocación en general, en el caso concreto se da un riesgo de condena errónea muy alto.

⁴⁸ Véase las referencias en las notas 9 y 10.

palabras, la constatación de una alta probabilidad de que el acusado sea culpable es también, necesariamente, un juicio personal. La idea de que el juez, cuando valora la prueba, puede prescindir de las percepciones y experiencias no expresables en palabras y, de este modo, puede decidir si aún se da “objetivamente” una probabilidad alta de que el acusado sea culpable, es psicológicamente insostenible: quien tiene una imagen ante sus ojos no puede juzgar según una mera descripción, así como quien tiene setenta años no puede juzgar sin experiencia de vida.

Dado que en la cabeza del juez sólo tiene lugar una valoración de la prueba personal y uniforme, la condena sólo se puede hacer depender de una apreciación personal y uniforme del juez, de manera que no se puede hacer valer la exigencia de que el juez condene solamente cuando además de su apreciación personal haya un determinado resultado de prueba (“objetivo”) que pueda ser (conceptualmente) fundado. Esto no significa que el juez tenga que juzgar sólo según su intuición espontánea. El reclamo legítimo de una “objetivación” de la valoración de la prueba puede y debe ser tomado en consideración obligando al juez a reflejar conceptualmente su apreciación intuitiva del resultado de la prueba recibida, o sea, que intente formular en palabras las percepciones y experiencias en las que se basa esa condena, al menos tanto como sea posible⁴⁹. Pero derivar de ello que la condena presupone, además del juicio personal del juez, un determinado resultado de prueba “objetivo”, es una construcción dogmática defectuosa. No se trata de que el juez considere la culpabilidad del acusado intuitivamente como certera, y conceptualmente (de manera “objetiva”) como al menos altamente probable, sino de que él la siga considerando como certera luego de reflejar su juicio intuitivo de la manera más conceptual posible.

Según ello, la alta probabilidad “objetiva” de que el acusado sea culpable, que hoy se exige extendidamente, no es un presupuesto de condena que deba observar el juez de primera instancia. Si con la exigencia de tal probabilidad sólo se ha de expresar que el juez de los hechos se tiene que esforzar tanto como sea posible por reflejar conceptualmente la valoración de la prueba, su naturaleza es, en sustancia, propia del Derecho de recursos: en la exigencia de una alta probabilidad “objetiva” de que el acusado sea culpable se refleja nuevamente la idea de que, en el proceso de revisión, se debe examinar si la valoración de la prueba que realizó el juez de primera instancia es plausible, es decir, que los tribunales de revisión tienen que revocar las condenas cuyos fundamentos no les transmiten la convicción de que la culpabilidad del acusado es al menos altamente probable. Con ello, la llamada alta probabilidad “objetiva” tampoco es, en realidad, un juicio “objetivo”, sino la apreciación personal del tribunal de revisión que, en sustancia, tampoco puede ser formulada por completo en palabras⁵⁰.

⁴⁹ La jurisprudencia reconoce hoy, al menos en principio, tal deber de realizar una “valoración exhaustiva de la prueba”; véase al respecto la exposición y las referencias en GOLLWITZER, *Löwe-Rosenberg*, 1986, § 261, n.º m. 56-59.

⁵⁰ Véase al respecto en detalle *infra* III. 4.

2.3. El requisito de certeza

Resta esclarecer qué contenido debe tener la valoración del juez para dictar una condena, valoración que nunca puede “analizarse en cada una de sus partes”⁵¹ y, por ello, es necesariamente personal. Dado que, ya en razón de la estructura de la conclusión indiciaria sobre la que se basa la valoración probatoria, no es posible obtener una prueba lógicamente necesaria de la culpabilidad del acusado en el proceso penal, las objeciones referidas al comienzo, dirigidas especialmente contra el requisito de certeza, no han sido disipadas aún mediante las consideraciones hechas hasta este momento. Incluso si el juez pudiera expresar con palabras de manera acabada sus percepciones y experiencias, siempre sería imaginable la posibilidad de que el material probatorio que formó parte de la audiencia de debate pudiera ser explicado sin la situación de hecho imputada⁵². Por ello, aun tomando en consideración la naturaleza personal de la valoración probatoria, se presenta el problema de si – y, en su caso, de qué manera – la certeza del juez es posible en absoluto como resultado de un proceso penal.

Los críticos del requisito de certeza parten de la base de que el “puente” que conduce a la certeza puede transitar, dado el caso, “vías completamente irracionales”⁵³. A un “juez concienzudo y que trabaja cuidadosamente”, la posibilidad siempre presente de que el material probatorio pueda ser explicado sin la situación de hecho imputada le generaría necesariamente dudas respecto de la culpabilidad del acusado, de manera que él nunca podría tener certeza real⁵⁴. Por ello, según esta postura, la doctrina dominante se encontraría también obligada a relativizar el requisito de certeza y admitir ya una condena cuando el juez no tuviera dudas “concretas” respecto de la culpabilidad del acusado. En efecto, ello importaría el reconocimiento de la imposibilidad de basarse en la certeza real del juez y que el requisito de certeza sería un criterio aparente: dado que en modo alguno se podría diferenciar conceptualmente entre las dudas concretas y las dudas abstractas, nadie podría decirle al juez cómo debería determinar en el caso concreto si su duda, siempre presente, excluye o no la certeza que es necesaria para el dictado de una condena⁵⁵.

Esta crítica se basa en la premisa de que, en razón de su propensión a las lagunas lógicas, la conclusión indiciaria que subyace a la valoración de la prueba realizada por un juez no podría fundamentar ningún tipo de certeza en hombres racionales, ni siquiera psicológicamente. Pero esto no valora adecuadamente la realidad del pensamiento humano. Es una “experiencia cotidiana” – tal como lo formula GRÜNWALD con acierto⁵⁶ – el que incluso los hombres que son conscientes de que el “conocimiento” de hechos no observados por sí mismos se basa siempre en conclusiones indiciarias lógicamente no necesarias, tengan certeza respecto de un gran número de ese tipo de hechos. Esto es evidente con relación a sucesos históricos notorios, pero vale

⁵¹ GRÜNWALD, *Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung*, 1993, p. 90.

⁵² Al respecto, véase *supra* notas 3 y 4.

⁵³ FREUND, *Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung”*, 1987, p. 47; en sentido similar, STEIN en *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts*, 1995, pp. 233, 256.

⁵⁴ FREUND, *Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung”*, 1987, p. 47.

⁵⁵ FREUND, *Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung”*, 1987, p. 48 y s.; en sentido similar, HOYER, *ZStW*, 1993, t. 105, pp. 523, 536 y s.

⁵⁶ GRÜNWALD, *Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung*, 1993, p. 89.

también para muchas otras situaciones de hecho. La idea abstracta de que siempre es posible la existencia de un error no impide que los hombres –y por ello tampoco el juez– alcancen certeza en la valoración de un caso concreto⁵⁷. Esto podría ser contradictorio desde el punto de vista lógico⁵⁸, pero se trata de un fenómeno psicológico real que puede ser utilizado como punto de partida para determinar los presupuestos del dictado de una condena penal.

Por consiguiente, la afirmación de que sólo una duda “concreta” impide una condena tampoco es una relativización del requisito de certeza, sino una explicación acertada. Ella pone en claro que para el dictado de una condena sólo interesa la obtención de certeza en la valoración del caso concreto y no algo así como la certeza de estar en general a salvo de errores cuando se valora la prueba –que sólo la podría tener, en efecto, una persona ingenua–. En contra de la crítica referida, el juez puede diferenciar por sí mismo la una de la otra sin más. Esta diferencia sólo se ve oscurecida por el hecho de que aquí también –al igual que respecto de la exigencia de la alta probabilidad “objetiva” para la culpabilidad del acusado⁵⁹– la cuestión de bajo qué presupuestos tiene que condenar el juez de primera instancia se confunde con el problema del examen jurídico de revisión de la valoración probatoria, es decir, la etiqueta de la duda “concreta” se utiliza al mismo tiempo para revisar la plausibilidad de la valoración probatoria del juez de primera instancia sobre la que se basó una absolución⁶⁰.

En consecuencia, contra el requisito de certeza sólo subsiste la objeción según la cual la certeza del juez no dice nada acerca de si el reproche de culpabilidad es objetivamente correcto, porque su obtención dependería de la predisposición personal del juez y de influjos situacionales⁶¹. Esta reflexión es correcta en el sentido de que, respecto de la adquisición de certeza, los factores mencionados desempeñan efectivamente un rol que no tiene que ser subestimado. La cuestión de si –y, en su caso, en qué medida– el juez le da importancia a otras explicaciones posibles del material probatorio también depende, con seguridad, de si él es ese tipo de persona que siempre cree saber todo a la perfección o más bien si es como aquellas que casi nunca están seguras de sus juicios. Y tampoco se puede negar la importancia que tienen los influjos situacionales con respecto a la obtención de certeza: quien se encuentra apremiado por el tiempo dará, al menos por lo general, menos cabida a otras explicaciones posibles que aquel que tiene suficiente tiempo para reflexionar.

⁵⁷ GRÜNWARD, *Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung*, 1993, p. 89.

⁵⁸ Así FREUND, *Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung”*, 1987, p. 48 y s.; en sentido similar, HOYER, *ZStW*, 1993, t. 105, pp. 523, 536 y s.

⁵⁹ Al respecto, véase *supra* II. 2. hacia el final.

⁶⁰ En razón de que el Derecho no puede prescribirle al juez de primera instancia que alcance la certeza personal necesaria para el dictado de una condena y dado que los tribunales de revisión examinan la valoración probatoria realizada por aquél sólo respecto de errores de Derecho –pues así interpretan ellos la función que les corresponde–, ellos sólo pueden revocar absoluciones basadas en dudas del juez de primera instancia cuando etiqueten a esas dudas como meramente “abstractas” (así, por ejemplo, BGH, *NJW*, 1951, p. 83 y p. 122; BGH, *VRS*, t. 39, pp. 103, 105; BGH, *NStZ*, 1990, p. 28; BGH, *NStZ-RR*, 1998, p. 102 y s.; OLG Hamm, *MDR*, 1949, p. 636; OLG Celle, *NJW*, 1976, p. 2030). Es evidente que en la mayoría de los casos esto es una artimaña –en realidad, innecesaria (véase *infra* III. 4.)–: es muy probable que en la práctica todos los jueces penales sepan que una duda “abstracta” que afecta sólo la posibilidad general del conocimiento seguro no impide el dictado de una condena.

⁶¹ Véase *supra* nota 15.

Sin embargo, de eso no deriva una objeción contundente contra el requisito de certeza, ya por el hecho de que todo juicio de probabilidad se encuentra determinado por estos factores exactamente en la misma medida. Juzgar un hecho como “cierto” es, en lo que respecta al proceso de formación psicológico de esa valoración, sólo el caso límite en la escala de los juicios de probabilidad: la certeza se origina cuando el hombre considera que otras posibles explicaciones son tan improbables que ya no les asigna importancia práctica alguna⁶². Por ello, quien considera que el conocimiento es en absoluto posible, tendrá que partir de la base de que la obtención de certeza también se encuentra objetivamente condicionada, por lo menos de manera parcial; o sea que, en el marco del proceso penal al juez le será más difícil alcanzar certeza, en todo caso, cuanto mayor sea el riesgo efectivamente existente de dictar una condena errónea. Sin embargo, ya por esa razón el requisito de certeza es probablemente el más adecuado para evitar la condena de un inocente. Si una condena sólo dependiera de que el juez considerara la culpabilidad del acusado como “altamente probable”, los presupuestos para su dictado disminuirían sin que se hubiera obtenido algo en favor de la objetividad de la valoración probatoria.

3. Consecuencias de la naturaleza personal de la formación de convicción

3.1. El déficit de legitimación básico de toda constatación de culpabilidad

En resumen, con lo dicho se puede confirmar que la certeza personal del juez respecto de la culpabilidad del acusado es una condición necesaria y suficiente para el dictado de una condena en el proceso penal. Dado que toda formación de convicción sobre hechos no observados por uno mismo se encuentra también caracterizada por percepciones y experiencias del juzgador no expresables en palabras, no existe –en la medida en que no se quiera regresar a las reglas probatorias rígidas del proceso inquisitorio– un juicio objetivo sobre el resultado de las pruebas colectadas. Entonces, el dictado de una condena no puede depender ni por sí solo, ni junto con el requisito de la certeza personal, de un resultado probatorio “objetivo”, es decir, que sea conceptualmente controlable por completo. Quien se rehúse a admitir esto, abrigará ilusiones y, en las consecuencias, más allá de que probablemente tenga la intención contraria, minimizará la problemática fundamental de la constatación de culpabilidad en el proceso penal:

Soslayará que, en razón del control conceptual imperfecto de la valoración probatoria, jamás el propio juez que dicta la sentencia ni tampoco otras personas pueden saber si –y, en su caso, en qué medida– el resultado de la valoración probatoria ha sido influido por factores ajenos a la

⁶² Esto –en contra de STEIN en *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts*, 1995, p. 233, 245 y 256 y ss.– no tiene que ser interpretado en el sentido de que, respecto de cada conocimiento, el hombre se representara siempre en primer lugar una imagen consistente en “un juicio de probabilidad determinado de manera más o menos precisa” así como en “representaciones respecto de cómo surge ese juicio de probabilidad” y que reprimiera psíquicamente la duda que subsistiera luego de esa primera imagen. Antes bien, esa imagen descrita por STEIN se deriva, por regla general, recién a partir de la reflexión conceptual del juicio intuitivo de certeza; es decir que, desde el punto de vista psicológico, no precede a ésta, sino que la sigue. En consecuencia, en contra de STEIN (lug. cit., pp. 235 y ss.), si lo que pretenden las normas de Derecho material es dirigir la conducta de los hombres, entonces ellas también sólo pueden basarse en juicios intuitivos (y, así, necesariamente también personales) y no en imágenes conceptuales, frecuentemente inexistentes en el momento de la acción.

cosa. Por cierto, el juez puede, y obviamente también debe, esforzarse tanto como sea posible por excluir los factores externos, reflexionando sobre los fundamentos de su juicio. Pero dado que, por la naturaleza de la cosa, esa reflexión nunca se logra de manera acabada y que no es posible una explicación completa de los fundamentos, en el caso concreto siempre queda abierta la cuestión de si la certeza personal se basa en una verdadera intuición o si en realidad se basa en prejuicios personales, inclinación a sobreestimar la propia capacidad para juzgar, falta de tiempo, apuro por terminar el trabajo u otras razones externas. En la medida en que uno no pueda rendir cuentas a sí mismo o a los demás respecto de los fundamentos de su juicio, por buena que sea la intención, no podrá haber seguridad de que su juicio tiene realmente un fundamento material.

El ser consciente de este déficit de legitimación básico de la constatación de la culpabilidad –y tenerlo presente– no sólo es imprescindible para un ejercicio responsable de la función de juzgar, sino que también es de importancia central para la discusión científica y político-jurídica respecto de la configuración e interpretación del Derecho procesal penal. Tanto el proceso que subyace a la constatación de la situación de hecho como el examen jurídico de revisión de esa constatación sólo pueden ser configurados y comprendidos de modo adecuado si se es consciente de la naturaleza necesariamente personal de la formación de la convicción. Para finalizar mis reflexiones, quisiera ejemplificar esta estructura fundamental –a la que no siempre se tiene en cuenta de manera adecuada en la discusión político-jurídica ni en la científica– en ciertos puntos que considero especialmente importantes.

3.2. Consecuencias para la composición de los tribunales

Si la culpabilidad es constatada mediante un juicio personal no del todo controlable, en la medida de lo posible habrá que garantizar que por lo menos se trate del juicio de un tercero que no sea parte y que no esté interesado en el resultado del proceso. Así, la naturaleza personal del proceso de formación de la convicción exige en especial la imparcialidad del juez y, por consiguiente, requiere –en contra de una extendida tendencia político-jurídica⁶³– una garantía total y una aplicación amplia del derecho de recusar a los jueces por temor de parcialidad. En razón de la estructura intuitiva de la formación de la convicción tampoco un juez profesional, con experiencia, puede excluir con seguridad de la sentencia prejuicios, preferencias y animosidades efectivamente existentes. Incluso cuando él no le quiera asignar ningún valor a los factores referidos, no podrá impedir que, en las consecuencias, ellos se infiltren en la formación de la convicción –pues el proceso de configuración de la convicción no es controlable conceptualmente–.

Pero la garantía de imparcialidad del juez por sí sola no es suficiente para compensar el déficit de legitimación que resulta de la naturaleza personal de la constatación de la culpabilidad. Para elevar la posibilidad de que la certeza personal realmente se base en una verdadera intuición y no sólo en las características personales o prejuicios del juez, en el proceso penal, como regla general, tiene que regir para la constatación de la situación de hecho el principio de tribunal colegiado.

⁶³ Al respecto, véase mi crítica en *StV*, 1994, pp. 445, 450 y s. y *StV*, 1997, p. 150 y ss.

Por ello es imprescindible garantizar una posibilidad ilimitada de recurrir las condenas dictadas por un único juez penal. Esto no fue tenido en cuenta de manera adecuada por la Ley de Agilización de la Administración de Justicia, que introdujo la facultad del tribunal de declarar inadmisibile la apelación contra condenas a penas de multa de hasta quince días-multa. En la práctica, ello conduce a que un gran número de este tipo de condenas sea inapelable respecto de la cuestión fáctica⁶⁴ y, con ello, a la fijación definitiva de los hechos mediante una sentencia dictada por un solo juez, siempre determinada también por las características personales de éste.

El hecho de que este quebrantamiento del principio de tribunal colegiado en la determinación de la culpabilidad afecte por el momento sólo a condenas mínimas, es un consuelo menor. Pues, por un lado, la imposición de una pena nunca es un hecho insignificante, en razón del juicio ético-social de disvalor ligado a la punición y de otros efectos indirectos que, frecuentemente, aún no pueden ser percibidos al momento de la decisión. Y, por el otro, tales quebrantamientos, según muestra la experiencia, siempre se propagan. Pues, en este sentido, el proyecto de la Cámara alta de una segunda Ley de Agilización de la Administración de Justicia prevé la ampliación del campo de aplicación de la facultad de declarar la inadmisibilidad a penas de multa de hasta noventa días-multa así como a la prohibición de conducir y la cancelación de la licencia de conductor por un plazo de suspensión de hasta nueve meses⁶⁵. Así, la determinación de la culpabilidad en mucho más de la mitad de las condenas penales estaría legitimada simplemente mediante el juicio personal de un único juez, sin sujeción a ningún control efectivo⁶⁶.

Finalmente, la naturaleza personal de la valoración probatoria tiene también un significado importante al analizar la intervención de jueces legos en la constatación de la situación de hecho en el proceso penal⁶⁷, lo cual en la actualidad es frecuentemente cuestionado. Al igual que el principio de tribunal colegiado, esta participación también se basa en la idea de que se puede neutralizar el peso del bagaje de experiencias personales en la determinación de los hechos si la decisión es tomada en común por varios jueces con diferentes bagajes de experiencias. Pues, aun cuando actualmente, con seguridad, la “judicatura” es mucho menos homogénea que antes, el bagaje de experiencias de los jueces profesionales presenta típicamente, ya en razón de la socialización profesional, características comunes que no son representativas de la sociedad en general. Por ello, en principio⁶⁸, tiene sentido compensar el influjo que estos bagajes de

⁶⁴ Según el dictamen del Gobierno Federal referido al proyecto de la Cámara alta de una segunda Ley de Agilización de la Administración de Justicia, la facultad de declarar la inadmisibilidad condujo “fácticamente” a que ese tipo de sentencias sea “inapelable”, según los informes presentados sobre la experiencia con la aplicación de la norma (BT-Drucksache 13/4541, p. 35).

⁶⁵ Art. 2, n.º 30 del Proyecto (BT-Drucksache 13/4541).

⁶⁶ Según la estadística de persecución penal para el año 1996, en el 79, 8 % de todas las condenas del Derecho penal general se impuso como pena principal una pena de hasta noventa días-multa. La gran mayoría de estas condenas fueron pronunciadas, con seguridad, por la decisión de un único juez.

⁶⁷ Al respecto, véase ya BECCARIA, *Verbrechen und Strafe* (reedición de la edición de Leipzig, 1905), 1905, p. 79 y s. Sin embargo, es excesiva su afirmación –bien que condicionada por la época– según la cual el “simple y ordinario buen sentido” caería en error con menor asiduidad que “el saber de un juez, acostumbrado a querer encontrar culpables y que todo lo reduce a un sistema artificial, recibido de sus estudios” (en este sentido, acertadamente crítico, KÜPER, *FS-Peters*, 1984, pp. 23, 28).

⁶⁸ Sin embargo, me parece absolutamente dudoso que esto deba llegar tan lejos como para que sea posible una condena sólo con el voto de jueces legos, tal como lo es en el tribunal escabinado y en las cámaras penales

experiencia tienen en la valoración probatoria mediante la incorporación de jueces legos. En todo caso, si los jueces profesionales toman en serio a los jueces legos y cuando los asesoran les transmiten la impresión de que efectivamente han sido designados para participar en igualdad de derechos en la decisión, esa participación frecuentemente será de ayuda para la determinación de la situación de hecho.

3.3. Consecuencias para el Derecho probatorio

En primer lugar, para la configuración del Derecho probatorio, de la naturaleza personal del proceso de formación de convicción se deriva que una situación probatoria hipotética que no se dio efectivamente, nunca puede ser valorada de manera confiable. En razón de que el juez no puede rendir cuenta de manera acabada de los fundamentos de la convicción que ha alcanzado, tampoco puede valorar de manera confiable la cuestión de si él también habría llegado a esa convicción si la situación probatoria hubiera sido otra, distinta de la observada por él. Por lo tanto, no puede determinar de manera confiable cuáles serían las consecuencias para su convicción si él hubiera observado indicios que efectivamente no observó, ni tampoco puede determinar cuáles serían las consecuencias si él no hubiera observado indicios que efectivamente observó. Lo primero es de importancia decisiva para comprender las reglas sobre el alcance de la admisión de pruebas, lo segundo lo es para estimar de manera realista la efectividad de las prohibiciones de valoración probatoria:

En razón de que el juez de primera instancia no puede determinar de manera confiable las consecuencias que habría tenido sobre su convicción la suposición de haber observado indicios que efectivamente no observó, tiene que estarle básicamente prohibido, en interés de la averiguación de la verdad, invocar la convicción a la que llegó para prescindir de la admisión de un indicio que contradice esa convicción que tenía hasta el momento. En principio, esto es por lo menos admitido de manera general en la valoración del contenido de verdad de declaraciones de testigos. Una solicitud de que sea recibido el testimonio de un testigo que se encuentra dentro del país⁶⁹ no debe ser rechazada con el argumento de que el tribunal, en razón de la convicción ya alcanzada, no le otorgaría credibilidad a la declaración del testigo. Sin embargo, la jurisprudencia y doctrina dominante admiten en principio, por lo demás, una valoración hipotética del valor indiciario de indicios que no fueron observados, mediante la aplicación a los hechos indiciarios de la causal de inadmisibilidad por suposición de verdad*.

El hecho de que la prohibición de la valoración probatoria hipotética se limite al juzgamiento del contenido de verdad de las declaraciones testimoniales se basa en la idea de que, en la valoración probatoria, sólo la impresión inmediata de la actitud de las personas durante la declaración

inferiores.

⁶⁹ En razón de la regulación especial del § 244, V, 2.^a oración, desde la entrada en vigor de la Ley de Agilización de la Administración de Justicia, para los testigos que se encuentran en el extranjero sólo rigen los parámetros propios del deber de los jueces de investigar la verdad, respecto del cual es discutido que rija la prohibición de la prueba anticipada (al respecto, véase enseguida nota 72).

* El § 244 (3), 2, 7.^a alt., StPO prevé la facultad de no admitir una prueba de descargo dirigida a demostrar algo que el juez ya supone que es cierto. (N. de Tr.)

escaparía a un control conceptual íntegro. Sin embargo, debido que en el acto de valoración ingresa experiencia no conceptual, la totalidad de la valoración probatoria tampoco se puede expresar en palabras de manera acabada –tal como se explicó *supra*⁷⁰–, de modo que en general no es confiable la estimación hipotética del valor probatorio de indicios no observados. Por ello, es correcta la afirmación de GRÜNWALD⁷¹ en el sentido de que la causal de inadmisibilidad por suposición de verdad no se debe aplicar a los hechos indiciarios. Más allá de ello, la prohibición de una valoración hipotética –dado que se deriva ya del deber del tribunal de averiguar la verdad material– tiene que ser observada *ex officio* también fuera del ámbito de aplicación del § 244, III, StPO, cuando se decide respecto del alcance de la admisión de pruebas⁷².

Del hecho de que quien realiza una valoración tampoco pueda determinar de manera confiable qué consecuencias habría tenido sobre su propia convicción si no hubiera observado un indicio que efectivamente observó, se deriva forzosamente que un juez profesional, experimentado, tampoco está en condiciones de respetar con seguridad una prohibición de valoración probatoria⁷³. Dado que no es posible hacer un juicio confiable acerca de la cuestión de si él habría estado convencido de la veracidad de la situación de hecho que se intenta probar, aun si no hubiera presenciado el indicio no aprovechable, nunca es posible excluir la posibilidad de que la prueba producida que no puede ser aprovechada, luego sea introducida en la sentencia⁷⁴ –aun cuando el juez tenga la voluntad firme de observar la prohibición de valoración probatoria⁷⁵–. Por ello, en el proceso penal los intereses que se oponen a la utilización de determinados conocimientos, en lo posible tienen que ser protegidos ya por una prohibición de producción de pruebas que sea anterior a la prohibición de utilización⁷⁶. La prohibición de aprovechar conocimientos ya adquiridos es tan sólo una limitación de daños –altamente imperfecta– para los casos en los cuales “el mal ya está hecho”.

⁷⁰ Véase apartado II. 2., nota 42.

⁷¹ GRÜNWALD, „Die Wahrunterstellung im Strafverfahren“ en *FS-Honig*, 1970, pp. 52, 62 y ss.; GRÜNWALD, *Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung*, 1993, p. 96 y s.

⁷² La cuestión discutida de la validez de la prohibición de la prueba anticipada en el ámbito del deber de los jueces de investigar los hechos tiene que ser respondida de manera diferente para los dos componentes de esa prohibición. La prohibición de rechazar una solicitud de prueba con el fundamento de que su producción en modo alguno conducirá a la obtención del indicio pronosticado por el peticionante, presupone, a diferencia de la prohibición de una ponderación hipotética del valor de un indicio, por la naturaleza de la cosa, una prognosis concreta de un participante en el proceso y, entonces, una solicitud de prueba; respecto de esa diferenciación, véase FRISTER (1993), *ZStW*, t. 105, pp. 340, 349 y ss.; en sentido aprobatorio, GRÜNWALD, *Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung*, 1993, p. 106 y s.

⁷³ Al respecto, véase ya GRÜNWALD, *JZ*, 1966, pp. 489, 500 y s.; DENCKER, *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, 1977, p. 143; AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß*, 1990, p. 47.

⁷⁴ Esto es de importancia decisiva, entre otras cosas, para la cuestión de la admisibilidad del detector de mentiras con el consentimiento del acusado –cuya discusión ha resurgido en tiempos más recientes (véase entre otros, BVerfG, *StraFo*, 1998, p. 16)–. La presión fáctica para el consentimiento que genera la admisibilidad del detector de mentiras no puede ser paliada efectivamente con una prohibición de valoración (al respecto, véase ya GRÜNWALD, *Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung*, 1993, p. 73; así como FRISTER, *ZStW*, 1994, t. 106, pp. 303, 326).

⁷⁵ En muchos casos, ya esta voluntad presupone una medida de “auto-dominio” que en la práctica no siempre estaría garantizada, según la impresión que me he formado luego de conversaciones personales con jueces.

⁷⁶ Por consiguiente, el sentido de muchas prohibiciones de producción probatoria radica justamente en el hecho de evitar la valoración de los conocimientos en cuestión; acerca de las consecuencias que se derivan de allí para la dogmática de las prohibiciones de valoración probatoria, GRÜNWALD, *Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung*, 1993, p. 143 y ss.

Pero de la naturaleza personal de la valoración probatoria no sólo se deriva la imposibilidad de valorar acabadamente una situación probatoria hipotética; ella también tiene una importancia fundamental para la configuración del Derecho probatorio en el sentido de que el déficit de contenido, derivado de ella, que afecta a la legitimación de la determinación de la culpabilidad, tiene que ser compensado garantizando posibilidades de influir en el proceso. Una condena penal que se basa en una convicción co-determinada por el bagaje personal de experiencias del juez, que no se puede fundamentar de manera acabada, sólo se puede tolerar si el tribunal, al formarse esa convicción, se encuentra sujeto a reglas procesales cuya observancia por lo menos posibilite que especialmente el acusado pueda contribuir a la configuración de los fundamentos de la formación de convicción del tribunal⁷⁷. Así, la naturaleza personal de la valoración de la prueba corrobora la necesidad de los derechos procesales –que se derivan ya de la posición del acusado como sujeto–, en especial el derecho de interrogar y el derecho de solicitar prueba; y, al mismo tiempo, es la razón por la cual el tribunal debe formar su convicción sólo sobre la base de la totalidad del debate.

Por consiguiente, la ruptura del vínculo entre la formación de convicción y la totalidad del debate debe ser admitida sólo en la medida en que la convicción personal del juez, de manera excepcional, no sea de importancia para la determinación de la situación de hecho. Para garantizar esto, el concepto de notoriedad tiene que ser interpretado de manera mucho más estricta que como lo hacen la jurisprudencia y la doctrina dominante⁷⁸. Entonces, sólo pueden ser considerados notorios los hechos que son tan evidentes para nuestra sociedad que no tienen que ser examinados en el proceso penal, sino que se los tiene que tomar como base de la decisión, en todos los casos, independientemente de la convicción personal del juez⁷⁹. Esto no tiene por qué suponerse con relación a todos los hechos deducibles de fuentes que son accesibles para todos y, con mayor razón, tampoco para todos aquellos hechos respecto de los que el tribunal tuvo conocimiento en razón de su función, sino sólo para aquellos hechos que no pueden negarse en nuestra sociedad sin correr el riesgo de dejar de ser reconocido como un interlocutor que, en principio, es digno de crédito⁸⁰.

⁷⁷ Sobre esta “interacción de los principios probatorios”, véase WESSELS, *JuS*, 1969, pp. 1, 7; KÖHLER, *Inquisitionsprinzip und autonome Beweisvorführung*, 1979, p. 50 y s.; KUNERT, *GA*, 1979, p. 401; HERDEGEN, *NStZ*, 1984, pp. 97, 98; HERDEGEN „Aufklärungspflicht – Beweisantragsrecht – Beweisantrag – Beweisermittlungsantrag”, en *GS Karlheinz-Meyer*, 1990, pp. 187, 188; HERDEGEN, *StV*, 1992, pp. 590, 592; FRISTER, *Jura*, 1988, pp. 356, 362; FRISTER, *StV*, 1994, pp. 445, 449; FRISTER, *StV*, 1997, pp. 150, 156.

⁷⁸ Esto rige también cuando se parte de la base, como GRÜNWARD, de que una solicitud de prueba que se dirige a demostrar lo contrario de un hecho público, también tenga que ser admitida por fuera de la regulación especial del § 245, II, 3.º oración, *StPO (Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung*, 1993, p. 94 y s.). Pues tal producción probatoria no modifica en nada el hecho de que el tribunal, en caso de hechos notorios, no tiene que extraer su convicción de la totalidad del debate.

⁷⁹ En esta dirección, véase también KELLER, quien para la notoriedad quiere atender al conocimiento reconocido por el público en general (*ZStW*, t. 101, 1989, pp. 381, 405 y ss.).

⁸⁰ Hay que reconocer que este criterio es vago, pero no me parece posible realizar una delimitación más exacta. Incluso la definición corriente de lo “público y notorio” desplaza el problema sólo a la valoración de la fuente accesible para todos: al fin y al cabo no puede ser considerado notorio todo hecho afirmado en una revista o página de internet.

3.4. Consecuencias para el examen de la valoración probatoria en la instancia de revisión

Finalmente, el análisis de la naturaleza personal de la valoración probatoria es también de gran importancia para realizar una diferenciación exacta y una ponderación realista de las diversas posibilidades de control por parte de un tribunal de revisión: el examen de la valoración probatoria que hace el tribunal de revisión puede referirse, en primer lugar, a la obligación del juez de primera instancia de expresar en palabras, tanto como sea posible, su valoración intuitiva de los resultados de las pruebas recibidas. Dado que, según “la opinión jurídica recientemente generalizada”⁸¹, la valoración probatoria tiene que ser fundamentada en la sentencia, el control jurídico de revisión del cumplimiento de esta obligación es en principio posible e imperioso. Sin embargo –en razón de que en los casos dudosos sólo el propio juez de primera instancia sabe si podría haber hecho una ulterior reflexión conceptual–, por medio de él sólo pueden ser considerados los casos en los cuales se puede ver que el juez de primera instancia no se ha esforzado en absoluto por fundamentar detalladamente su convicción. En tales casos, la sentencia debe ser revocada, porque el juez de primera instancia no ha cumplido con su obligación de hacer una reflexión conceptual sobre la valoración probatoria. En esta medida, es irrelevante el resultado de esa valoración⁸².

Un control conceptual para determinar si son correctos los resultados de la valoración probatoria sólo es posible en una medida muy limitada, en razón de su naturaleza parcialmente intuitiva. Dado que –tal como se explicó *supra*⁸³– el resultado de la prueba no es “objetivo” (“alta probabilidad objetiva”, entre otras formulaciones similares), los tribunales de revisión tampoco pueden examinar si se dan tales resultados probatorios. La valoración probatoria realizada por el juez de primera instancia, que, por la naturaleza de la cosa, es unitaria, tampoco puede ser escindida en un componente “objetivo” y en uno “personal” para el control de los tribunales de revisión, de manera que un control conceptual de los resultados de la valoración probatoria sólo es posible en la medida en que la incorrección de los resultados a los que se arribó se derive ya de los componentes de la valoración que fueron expresados en palabras. Sin embargo, esta situación sólo se configura cuando se infringen leyes del pensamiento o máximas generales y reconocidas de la experiencia. Más allá de eso, no es posible formular reglas abstractas cuya lesión tornase incorrectos los resultados de la valoración probatoria en todos los casos.

Cuando los tribunales de revisión objetan también el resultado de una valoración probatoria compatible con las leyes del pensamiento y las máximas generales y reconocidas de la experiencia –como hoy es usual en gran medida–, por la naturaleza de la cosa ya no se trata de un control conceptual de la sentencia del juez de primera instancia. Una objeción tal se basa

⁸¹ Así, ya la formulación de MEYER en *Löwe-Rosenberg*, 1977, § 337, n.º m. 110.

⁸² Por el contrario, en la jurisprudencia de los tribunales de revisión, el control del cumplimiento del deber de fundamentar es confundido, la mayoría de las veces, con el examen de los resultados de la valoración probatoria; respecto del denominado “agravio por error que surge de la descripción”, que reúne los dos aspectos, véase p. ej. HANACK en *Löwe-Rosenberg*, 1985, § 337, n.º m. 144 y ss., con otras referencias. [Este agravio se refiere a los casos en que el vicio puede ser advertido por el tribunal de revisión directamente leyendo la sentencia, como p. ej. cuando el juez de primera instancia no valoró documentos a los que se dio lectura en la audiencia. (N. de Tr.)]

⁸³ Véase, *supra* II. 2. hacia el final.

necesariamente en la valoración de la situación probatoria realizada por el tribunal de revisión⁸⁴, que por su parte se encuentra determinada por percepciones y experiencias que no pueden ser expresadas en palabras acabadamente y, con ello, tiene una naturaleza tan personal como la valoración del juez de primera instancia⁸⁵. El hecho de que los tribunales de revisión eviten expresar esto abiertamente⁸⁶ tal vez se deba a que temen que así le quitarían toda legitimación al examen practicado por ellos: revocar sentencias pronunciadas por los jueces de primera instancia en razón de una valoración personal divergente del resultado de las pruebas colectadas parece difícil de legitimar, porque la base de la valoración del juez de primera instancia es superior, ya que él observa directamente las pruebas colectadas⁸⁷.

Sin embargo, vistas más de cerca, estas reflexiones resultan infundadas. Del hecho de que la base de valoración del juez de primera instancia sea superior sólo se puede deducir que el tribunal de revisión no debe tomar una decisión concluyente en la causa basada en que tiene una valoración personal divergente de la situación probatoria⁸⁸, pero esto no excluye que en razón de tal valoración se le otorgue al tribunal de revisión la facultad de reenviar nuevamente la causa al juez de primera instancia para que tome una nueva decisión. La experiencia enseña que tampoco la deliberación de un cuerpo colegiado protege siempre del riesgo de que los resultados de la audiencia de debate sean observados y asimilados inconscientemente como mera confirmación de una hipótesis acerca de los hechos concebida con anterioridad. Incluso varios jueces actuando en conjunto pueden meterse en un callejón sin salida al valorar un caso y, entonces, es totalmente sensato complementar el principio del tribunal colegiado por medio de un componente vertical, es decir, hacer depender la existencia de la sentencia dictada en la primera instancia de la circunstancia de que el tribunal de revisión arribe a una valoración de la situación probatoria por lo menos coincidente en los lineamientos básicos.

No obstante, no se puede exigir una coincidencia total en el sentido de que el tribunal de revisión también haya alcanzado por medio de la lectura de los fundamentos de la sentencia la certeza personal respecto de la culpabilidad del acusado, porque en muchos casos esa certeza sólo se puede alcanzar mediante la observación indirecta de las pruebas colectadas. En consecuencia, de momento parece lógico, junto con la concepción que exige una alta probabilidad supuestamente

⁸⁴ De manera similar, si bien formulado de modo mucho menos estricto, HANACK, en *Löwe-Rosenberg*, 1985, § 337, n.º m. 147, con otras referencias.

⁸⁵ Por consiguiente, a pesar de varios esfuerzos, tampoco se ha logrado nunca formular reglas para ese examen de la valoración probatoria por medio de las cuales se pudiera predecir de manera fiable el éxito o fracaso de la revisión (al respecto, HANACK en *Löwe-Rosenberg*, 1985, previo al § 333, n.º m. 11 s. y § 337, n.º m. 130, con otras referencias): la valoración probatoria del tribunal de revisión, por la naturaleza de la cosa, no se puede reducir a reglas y, por ello, tampoco se puede predecir con seguridad, al igual que sucede con la valoración probatoria realizada por parte del juez de primera instancia.

⁸⁶ En los fallos de los tribunales de revisión se indica, ya casi de manera estereotipada, que la instancia de revisión no realiza su propia valoración probatoria, sino que solamente examina si la valoración probatoria del juez de primera instancia contiene errores de Derecho (p. ej.: *BGHSt*, t. 10, pp. 208, 210; t. 26, pp. 56, 62; t. 29, pp. 18, 20; t. 31, pp. 264, 288).

⁸⁷ Véase, p. ej., GOLLWITZER en *Löwe-Rosenberg*, 1986, § 261, n.º m. 177: el tribunal de revisión, “ya en razón de que le faltan los conocimientos adquiridos en la totalidad del debate, no debe ni puede reemplazar la convicción del juez de primera instancia por la suya propia”.

⁸⁸ El Tribunal Constitucional Federal (2.ª Cámara del 2.º Senado) ha valorado tal proceder, con razón, como una violación del principio del juez natural (*NStZ*, 1991, p. 499).

“objetiva”⁸⁹, atender a la cuestión de si el tribunal de revisión, mediante su valoración personal de la situación probatoria, ha llegado a la conclusión de que la culpabilidad del acusado es por lo menos altamente probable. Sin embargo, esto tendría por consecuencia que el paso de la alta probabilidad hacia la certeza no estaría sujeto a ningún examen jurídico de revisión. El tribunal de revisión debería confirmar la condena aun cuando, si bien considera que la culpabilidad del acusado es altamente probable, le resulta inexplicable cómo pretende el tribunal de primera instancia haber alcanzado la certeza que va más allá de la alta probabilidad mediante la observación directa de la prueba colectada.

Con razón, la jurisprudencia no extrae esta conclusión⁹⁰. Dado que el juicio de probabilidad y el juicio de certeza son en la misma medida juicios personales⁹¹, no hay ninguna razón para exceptuar a los tribunales de revisión justamente del examen del salto de la probabilidad alta a la certeza. Para que los tribunales de revisión satisfagan en el sentido explicado el examen de la valoración de la prueba, tienen que analizar si tal valoración en conjunto es “sostenible” –lo que, de hecho, probablemente sucede bajo la etiqueta del agravio por error que surge de la descripción⁹²–. Para analizar si es sostenible, los jueces de revisión no indagan directamente sobre las probabilidades de que el acusado sea culpable, sino que tienen que considerar si –y, en su caso, en qué medida– en razón de la fundamentación de la sentencia del juez de primera instancia les parece posible que de haber estado presentes en la audiencia de debate habrían alcanzado la convicción personal respecto de la culpabilidad del acusado. En mi opinión, para confirmar una sentencia se debería exigir que los jueces de revisión consideraran por lo menos como preponderantemente probable que también ellos, de haber presenciado las pruebas colectadas durante la audiencia de debate, habrían alcanzado la convicción personal respecto de la culpabilidad del acusado.

El hecho de que un juicio hipotético tal se encuentre cargado de considerables inseguridades no se opone a su utilización como aseguramiento adicional contra condenas erróneas. Es dudosa sólo la cuestión de si, a la inversa, un acusado declarado inocente puede ser expuesto a la carga de un nuevo debate sobre la base de tal juicio hipotético. Pero, en razón de la configuración básicamente simétrica de los recursos previstos en la Ordenanza Procesal Penal, esto también se tendrá que aceptar como regla general, en especial porque en las absoluciones también existiría una gran necesidad de analizar si la valoración probatoria es sostenible –tal como lo demuestra la artimaña de etiquetar a las dudas sólo como “abstractas”⁹³–. No obstante, una absolución sólo puede ser revocada si los jueces de revisión ya no pueden considerar sostenible la duda del juez de primera instancia. Y este requisito se encuentra cumplido sólo en aquellos casos relativamente

⁸⁹ Véase las referencias en la nota 9.

⁹⁰ En este sentido, la conocida sentencia respecto del valor probatorio de los análisis de ADN (*BGHSt*, t. 38, p. 320) parte, sin más, del presupuesto de que el juez de primera instancia no sólo tiene que fundamentar la probabilidad alta de la autoría, sino que también tiene que explicar mediante una valoración global cómo ha alcanzado la certeza respecto de la autoría.

⁹¹ Véase apartado II. 2., hacia el final.

⁹² Así, ya la opinión de W. SCHMID, *ZStW*, 1973, t. 85, pp. 360, 382; y VOLK, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß*, 1980, p. 27.

⁹³ Sobre esta artimaña, véase *supra* nota 60.

raros en los que los jueces de revisión hayan alcanzado por sí mismos la convicción personal respecto de la culpabilidad del acusado, ya en razón de la descripción de la situación probatoria realizada por el juez de primera instancia que tenía dudas.

4. Bibliografía

Knut AMELUNG (1990), *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß: dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote*, Berlin, Duncker & Humblot.

Cesare BECCARIA (1990), *Über Verbrechen und Strafe* (reimpresión de la edición de Leipzig de 1905), Aalen, Scientia Verlag.

Friedrich DENCKER (1977), *Verwertungsverbote im Strafprozeß: ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten*, Köln, Heymanns.

Ulrich EISENBERG (1996), *Beweisrecht der StPO: Spezialkommentar*, 2ª ed., München, Beck.

Martin FINCKE (1974), *Begründung der Beschuldigtenstellung im Strafprozeßrecht - Versuch einer Inculpationslehre*, Habilitationsschrift.

Eberhard FOTH (1992), *Neue Zeitschrift für Strafrecht*.

Georg FREUND (1987), *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung": e. Unters. zum tolerierten Risiko e. Fehlurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*, Heidelberg, Müller.

Helmut FRISTER (1993), "Das Verhältnis von Beweisantragsrecht und gerichtlicher Aufklärungspflicht im Strafprozess", *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 105, núm. 2, pp. 340-363.

- (1994), "Das Gesetzesvorhaben der Bundesregierung zur Einführung des groen Lauschangriffs", *Strafverteidiger*, p. 454.

- (1998), *Jura*.

- (1997), "Die Einschränkung von Verteidigungsrechten im Bundesratsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege", *Strafverteidiger*, p. 150.

Walter GOLLWITZER (1986), „§ 261“, en Ewald LÖWE/Werner ROSENBERG (ed.), *Die Strafprozeßordnung: Großkommentar*, Berlin, de Gruyter.

Gerald GRÜNWARD (1966), "Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren", *Juristenzeitung*, pp. 489-501

- (1970), "Die Wahrunterstellung im Strafverfahren", en Eberhard BARTH (ed.), *Festschrift für*

Honig: zum 80. Geburtstag, 3. Januar 1970; dargebracht von Freunden und Kollegen, Göttingen, Schwartz.

- (1993), *Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung*, Baden-Baden, Nomos.

Ernst-Walter HANACK (1977), *Juristische Schulung*.

- (1985), "§ 337", en Ewald LÖWE/Werner ROSENBERG (ed.), *Die Strafprozeßordnung: Großkommentar*, Berlin, de Gruyter.

Gerhard HERDEGEN (1984), *Neue Zeitschrift für Strafrecht*.

- (1985), „Tatgericht und Revisionsgericht - insbesondere die Kontrolle verfahrensrechtlicher "Ermessungsentscheidungen"“, en Karl Heinz GÖSSEL (ed.), *Strafverfahren im Rechtsstaat: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985*, München, Beck, pp. 173-190.

- (1987), *Neue Zeitschrift für Strafrecht*.

- (1990) „Aufklärungspflicht – Beweisantragsrecht – Beweisantrag – Beweisermittlungsantrag“, en Klaus GEPPERT (ed.), *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Berlin, de Gruyter.

- (1992), *Strafverteidiger*.

- (1997), *Neue Zeitschrift für Strafrecht*.

HOYER (1993), "Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip „in dubio pro reo““, Aufsatz in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 105, pp. 523-556.

JEROUSCHEK (1992), *Goldtammer's Archiv*, 1993.

- (1993), *Goldtammer's Archiv*, 1992.

Rainer KELLER (1989), «Offenkundigkeit und Beweisbedürftigkeit im Strafprozeß», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1989, t. 101, núm. 2, pp. 381-418, 381-418.

KOBUSCH (1976), en Joachim RITTER/Karlfried GRÜNDER (ed.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Basel, Schwabe.

Michael KÖHLER (1979), *Inquisitionsprinzip und autonome Beweisvorführung: (Paragr. 245 StPO)*, Heidelberg, von Decker.

Hans-Heiner KÜHNE (1993), *Strafprozeßlehre: eine systematische Darstellung für Prüfung und Praxis*, Heidelberg, Müller.

KUNERT (1979), *Goldtammer's Archiv*.

Wilfried KÜPPER (1984), „Historische Bemerkungen zur “freien Beweiswürdigung” im Strafprozess“, en Klaus WASSERBURG (ed.), *Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafoerfahren : Festgabe für Karl Peters aus Anlass seines 80. Geburtstages*, Heidelberg, C. F. Mueller, pp. 23-46.

MEURER (1989), “Beweiswürdigung, Überzeugung und Wahrscheinlichkeit“, en *Festschrift für Herbert Tröndle*, Berlin.

Karlheinz MEYER (1977), “§ 337“, en Ewald LÖWE/Werner ROSENBERG (ed.), *Die Strafprozeßordnung: Großkommentar*, Berlin, de Gruyter.

P. A. ALBRECHT (1983), *Neue Zeitschrift für Strafrecht*.

Karl PETERS (1985), *Strafprozeßrecht: ein Lehrbuch*, 4^a ed., Heidelberg, Müller.

Peter RIEß (1978), *Goldtammer's Archiv*.

Claus ROXIN (1995), *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, München, Beck.

Ellen SCHLÜCHTER (1995), „§ 261“, en Hans-Joachim RUDOLPHI (ed.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Frankfurt am Main, Metzner.

Arthur SCHOPENHAUER (1960), *Sämtliche Werke*, t. 1, Cotta, Stuttgart.

Ulrich STEIN (1995), „"Gewißheit" und "Wahrscheinlichkeit" im Strafverfahren: Entscheidungsnormen als Teil des Verhaltensnormensystems“, en Jürgen WOLTER (ed.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts: Symposium zu Ehren von Hans-Joachim Rudolphi*, Neuwied, Luchterhand, pp. 233-264.

Klaus VOLK (1980), *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß*, Universitätsverlag, Konstanz.

Werner SCHMID (1973), «Der Revisionsrichter als Tatrichter», *Zeitschrift für die gesante Strafrechtswissenschaft*, t. 85.

Johannes WESSELS (1969), *Juristische Schulung*.

Heinrich Albert ZACHARIÄ (1846), *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens: dargestellt auf der Basis einer konsequenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatorischen Prinzips*, Göttingen, Dieterich.