



ALGUNOS PROBLEMAS PROBATORIOS QUE PLANTEA LA JUSTICIA RETROACTIVA

Some proof problems poses by retroactive justice

Catherine Ricaurte

Universidad San Francisco de Quito

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5684-2798>

E-mail: catherine.ricaurte24@gmail.com

Trabalho enviado em 21 de março de 2024 e aceito em 29 de abril de 2024



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 17, N.03, 2024, p. 107-131

Catherine Ricaurte

DOI: 10.12957/rqi.2024.82961

RESUMEN

El objetivo de este artículo es identificar los principales problemas probatorios que se plantean en los procesos de justicia retroactiva y someterlos a una reflexión crítica. Estos problemas son, el valor probatorio que se otorga al trabajo de investigación y al recaudo de prueba de las comisiones extrajudiciales de la verdad; los problemas de admisibilidad de la prueba recabada por dichas comisiones; y, las propuestas de flexibilización probatoria que básicamente tienen que ver con la incorporación de la prueba de contexto, inversión de la carga de la prueba y disminución del estándar de prueba. La metodología utilizada es la cualitativa. Para realizar este trabajo se toma como base empírica el Juicio a la Juntas Militares argentinas por las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar de 1976 a 1983. Los resultados que se obtuvieron son: El trabajo de investigación de las comisiones extrajudiciales de la verdad ha sido fundamental para descubrir y entender los hechos ocurridos en los años de dictadura o conflicto armado; la discusión sobre la conveniencia de admitir los elementos de prueba obtenidos por las comisiones de la verdad debe ser sometido a un análisis profundo y la respuesta dependerá de cada caso; la prueba de contexto no sirve para suplir vacíos probatorios, su función es contribuir a la interpretación de los hechos del caso; la inversión de la carga de prueba como estrategia de flexibilización probatoria implica contrariar el principio de presunción de inocencia, al igual que la propuesta de disminución del estándar de prueba.

Palabras clave: comisiones de la verdad, flexibilización probatoria, prueba de contexto, carga de la prueba, estándar de prueba.

ABSTRACT

The objective of this article is to identify the main evidentiary problems that arise in retroactive justice processes and subject them to critical reflection. These problems are the proof value given to investigative work and the collection of evidence by extrajudicial truth commissions; the problems of admissibility of the evidence collected by said commissions; and the proposals for proof flexibility that basically have to do with the incorporation of context evidence, reversal of the burden of proof and decrease the standard of proof. The methodology used is the qualitative. To carry out this work, the Trial of the Argentine Military Juntas for the violations of human rights committed during the military dictatorship from 1976 to 1983 is taken as an empirical basis. The results obtained are: The investigative work of the extrajudicial truth commissions has been fundamental to discover and understand the events that occurred in the years of dictatorship or armed conflict. The discussion about the convenience of admitting the evidence obtained by truth commissions must be subjected to in-depth analysis and the answer will depend on each case. The context evidence does not serve to fill evidentiary gaps, its function is to contribute to the interpretation of the facts of the case. The reversal of the burden of proof as a strategy of evidentiary flexibility implies contradicting the principle of presumption of innocence as well as the proposal to decrease the standard of proof.

Keywords: truth commissions, proof flexibility, context evidence, burden of proof, standard of proof.



1. INTRODUCCIÓN

La investigación y enjuiciamiento de las violaciones masivas de derechos humanos¹ cometidos durante los años de dictadura y conflicto armado es un proceso extraordinariamente difícil, los problemas que se plantean son morales, políticos y jurídicos. No existe consenso acerca de cómo resolverlos. El ejemplo más famoso de enjuiciar y castigar este tipo de crímenes son los juicios de Nuremberg luego de la Segunda Guerra Mundial². No obstante, la inacción, las amnistías y los perdones han sido la regla, “se termina por sostener que el silencio y el olvido respecto de crímenes pasados son el mejor método para facilitar la construcción de la nueva sociedad” (Taruffo, 2020, p. 262). Como resulta lógico, ejecutar este tipo de juicios plantea problemas probatorios.

Este artículo tiene como propósito identificar algunos problemas probatorios que se originan a propósito de la justicia retroactiva. Estos problemas son, el valor probatorio que se otorga al trabajo de investigación y al recaudo de prueba de las comisiones extrajudiciales de la verdad; los problemas de admisibilidad de la prueba recabada por dichas comisiones; y, las propuestas de flexibilización probatoria que básicamente tienen que ver con la incorporación de la prueba de contexto, inversión de la carga de la prueba y disminución del estándar de prueba. La metodología utilizada es la cualitativa. Para realizar este trabajo se toma como base empírica el Juicio a la Juntas Militares argentinas³. Se usa el método histórico para interpretar los sucesos ocurridos durante el referido juicio y el análisis de fuentes bibliográficas de calidad.

La primera cuestión que se planteará es de si en estos procesos judiciales que se instauran para la transición hacia el estado de derecho *se debe o no buscar la verdad* sobre los crímenes cometidos durante los años de dictadura o conflicto armado y a *qué tipo de verdad* es posible acceder. Con esta problematización, considerando el papel fundamental que en este tipo de procesos suelen cumplir las “comisiones extrajudiciales de la verdad” abordaré los siguientes temas: (i) la creación de *comisiones extrajudiciales para la investigación y recaudo de pruebas*; (ii) los criterios para la

¹ “Las violaciones masivas de derechos humanos suponen el mal absoluto o lo que Kant denominó ‘mal radical’. Son ofensas contra la dignidad humana tan extendidas, persistentes y organizadas que el sentido moral normal resulta inapropiado”. (Nino, 2015, p. 41).

² Antes de la Segunda Guerra Mundial, la humanidad, no “había enfrentado un poder autoritario que combinara en forma semejante la voluntad de conquistar el mundo con una doctrina explícita de superioridad racial, que llevó a la esclavitud y exterminio de millones de judíos, oponentes políticos, minorías étnicas, homosexuales y gitanos. El misterio de cómo fue posible que tanta maldad se apoderara de los seres humanos y dispusiera de ellos para hacerles cometer tales acciones queda aún sin resolver. De todas formas, tan cruda desaprensión de los más básicos valores humanos hizo moralmente a los aliados permitir a gente como Hitler, Goebbels, Goering, Himmler, Mussolini y Eichmann volver tranquilamente a la calidez de sus hogares”. (Nino, 2015, p. 53). El primer juicio de Nuremberg comenzó el 20 de noviembre de 1945.

³ El Juicio a las Juntas Militares argentinas fue impulsado por el gobierno de Raúl Alfonsín en contra de los máximos responsables de las violaciones a los derechos humanos cometidas por la dictadura militar, entre 1976 y 1983. El principal autor intelectual del diseño de este juicio fue Carlos Santiago Nino.

selección de casos; (iii) la admisibilidad de la prueba; y, (iv) las propuestas de flexibilización probatoria que básicamente tienen que ver con la incorporación de la prueba de contexto, inversión de la carga de la prueba y disminución del estándar de prueba.

2. EL VALOR DE LA VERDAD EN PROCESOS DE TRANSICIÓN

Uno de los problemas que se plantean con relación a los procesos que se instauran hacia el restablecimiento del estado de derecho es si se debe o no buscar la verdad sobre los crímenes cometidos durante los años de dictadura y conflicto armado⁴. Una clave para abordar este problema es revisar lo que se conoce como el *valor social de la verdad*.

Taruffo sostiene que el *valor social de la verdad* presenta al menos dos dimensiones. La primera dimensión tiene carácter *ético*, en la que entra en juego el “sistema de reglas que se designa habitualmente con el término ‘moral’” (Taruffo, 2020, p. 109). Son varios los sistemas de reglas morales que históricamente “se han centrado en la obligación de decir la verdad y en la correspondiente prohibición de mentir” (idem), aunque la aplicación de estos sistemas haya “requerido que se inventaran diversos *escamotages*, capaces de atenuar el rigor de esta regla” (ibidem, p. 110). Para “Bernard Williams, las ‘virtudes de la verdad’, que consisten en la exactitud y la sinceridad, son esenciales para el intercambio de informaciones que constituye el fundamento de la dinámica social incluso en sus formas más simple” (idem). Por otra parte, “la intención de averiguar la verdad es un factor importante en la formación de una creencia y en la distinción entre el convencimiento o la creencia en sentido estricto y la fantasía. De este modo, un comportamiento social que se fundara en la falsa comunicación de creencias no sinceras y erróneas, porque no están basadas en una rigurosa búsqueda de la verdad, sería inaceptable...” (pp. 110 – 111).

“La segunda dimensión de la verdad como valor social tiene un carácter eminentemente *político*, y consiste en la conexión entre verdad y democracia” (idem). El uso sistemático de la mentira y el engaño han sido propios de los regímenes totalitarios. Cobra especial fuerza el argumento “anti-tiranía” según el cual “es necesario que las acciones ilegítimas y erradas de quien ejerce el poder puedan ser descubiertas, lo que implica que las potenciales víctimas del tirano deben poder disponer de información verídica, para poder controlar la forma en el que el poder es ejercido” (p. 112). Hay quienes sostienen que “la política no está en manos de almas cándidas preocupadas de la verdad” (p. 113), pues “el ejercicio del poder se apoya sistemáticamente en la mentira y en la manipulación” (idem); no obstante, como señala Taruffo, esto no tiene que ver con “las reglas que

⁴ Actos de violencia masiva de derechos humanos que en palabras de Nino suponen el “mal absoluto” o lo que Kant denominó “mal radical”, para la represión del disenso y la oposición política. Véase: (Nino, 2015, p. 41).

debieran seguirse en un sistema auténticamente democrático” (idem). En un sistema auténticamente democrático, la decisión de las autoridades no puede ser arbitraria, siempre debe estar sometida a control y no puede fundarse en la mentira, ni en la manipulación de la opinión pública. Es cierto que hay sistemas políticos que se presentan con insistencia como democráticos e, inclusive, son puestos como modelos de democracia, pero con frecuencia realizan actos de desinformación y manipulación de la opinión pública. Sin embargo, esto lo que demuestra es que estos Estados son menos democráticos de lo que se piensa. Así, el grado de adhesión a la verdad, resulta ser “un eficaz baremo de medida para evaluar la democracia efectivamente existente en un régimen político” (p. 114). Como sostiene Michelle Taruffo, “si quien detenta el poder pretende imponer a todos ‘verdades’ fijadas a priori de modo dogmático y autoritario, nos encontramos entonces exactamente con lo opuesto a la democracia: no es ciertamente la verdad la que resulta antidemocrática, sino la pretensión de imponer a todos la ‘verdad’ de alguien. Es esta pretendida ‘verdad’, que en general no es en absoluta verdadera, la que tiene una efectiva ‘fuerza antidemocrática’” (idem).

Por ende, en procesos de transición, el descubrimiento de la verdad sobre los crímenes atroces cometidos durante los regímenes de facto, su juzgamiento y castigo es importante. Para Nino la justicia retroactiva después de una dictadura militar es parte de una estrategia general para recuperar la democracia. Véase: (Nino, 2015, pp. 103 – 114).

1.1. QUÉ VERDAD

En los procesos de justicia retroactiva se suele pregonar la necesidad de descubrir la verdad sobre los hechos atroces cometidos durante los años de dictadura y conflicto armado como elemento fundamental para el restablecimiento del estado de derecho. No obstante, es común que se discuta sobre el *tipo* de verdad al que se debe acceder. En la literatura que se ocupa de este tema observamos que se habla de “verdad” en términos diferentes, así, por ejemplo, se habla de una verdad como “reconocimiento” que se configura como la verdad oficial y pública; y una verdad “individual” que sería la verdad como conocimiento de los hechos. También se distingue la verdad “fáctica” o “forense”, la verdad “personal” o “narrativa”; la verdad “social” o “dialógica” y la verdad “restaurativa” o “curativa”, la verdad “histórica”. Todos estos conceptos son vagos y tienen escasos fundamentos teóricos. Véase: (Taruffo, 2020, p. 260).

En América Latina nos encontramos con varios autores representativos que especialmente sostienen la diferencia entre “verdad judicial” y “verdad histórica” en los procesos judiciales que se instauran para la transición hacia un estado de derecho. Así, por ejemplo, Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon sostienen que ambos tipos de verdad se complementan ya que la verdad judicial está

sujeta a los límites propios de un proceso judicial, estos límites, en su opinión, pueden superarse con la existencia de mecanismos extrajudiciales que se apoyan en una labor colectiva y logran llegar a la verdad integral. Véase: (Uprimny y Saffon, 2006, pp. 139 – 172). También la Organización de Naciones Unidas (ONU) enfatiza la diferencia entre “verdad judicial” y “verdad histórica”⁵, señalando que el derecho a la verdad sólo se satisface a través de la combinación institucional de mecanismos judiciales y no judiciales.

Vemos que la oposición entre “verdad judicial” y “verdad histórica” se basa en los obstáculos que la justicia encuentra para investigar y descubrir las violaciones masivas a los derechos humanos cometidas durante los regímenes de facto y la identificación de sus responsables. Para enfrentar estos obstáculos se suele recurrir a la creación de “comisiones de la verdad”, encargadas de la investigación y recaudo de pruebas, estas; se dice, acceden a la verdad histórica. Si esto es así, en mi opinión, el problema está mal planteado, porque el problema no es que existen diferentes tipos de verdad. En realidad, no existen varias especies de verdad según si nos encontramos fuera o dentro de un proceso judicial, la verdad de los hechos del caso como fundamento de la efectividad del derecho y como requisito necesario de la administración de justicia (retroactiva o no) depende de la correspondencia de esos hechos con la realidad, tal cual ocurre fuera de un proceso judicial. Así, las distinciones de tipos de verdad carecen de fundamento⁶.

Si los límites que imponen las regulaciones de los procesos de justicia son el problema para que la verdad sea determinada, a partir de esta constatación deberíamos determinar los problemas probatorios que se generan en este tipo de procesos para analizarlos y proponer soluciones. En este trabajo me propongo identificar los principales problemas probatorios que se plantean en los procesos de justicia retroactiva y someterlos a una reflexión crítica. Para esto tomaré como base empírica el Juicio a las Juntas Militares argentinas, en especial, las funciones de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (en adelante simplemente CONADEP), los resultados que esta comisión tuvo en la investigación y recaudo de pruebas sobre las desapariciones, torturas, muertes y más violaciones ocurridas durante la dictadura militar argentina (1976 – 1983), el uso que de estos resultados hizo el fiscal Strassera y su adjunto Moreno Ocampo en el juicio a las juntas militares y la toma de decisión con base en estas pruebas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que fue el tribunal de juzgamiento. Por este motivo, resulta necesario exponer las funciones de la CONADEP y los resultados que obtuvo.

⁵ Véase: United Nations (UN), General Assembly, a/hrc/37/65, 6 de junio de 2018. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/hrc/RegularSessions/Session37/Pages/ListReports.aspx>.

⁶ Una crítica a la distinción entre *verdad procesal* y *verdad material*, véase en: (Ricaurte, 2023, pp. 372 – 374).

3. LA CONADEP⁷

El 15 de diciembre de 1983, Raúl Alfonsín promulgó el decreto a través del cual creó la CONADEP, que se encargaría de la investigación de los casos de desaparición durante la dictadura militar de 1976 a 1983. A esta Comisión se le otorgó amplias facultades para investigar y recabar pruebas, como la posibilidad de oír los reclamos de las víctimas, recibir testimonios voluntarios y documentación de ciudadanos o exigir el testimonio escrito de cualquier funcionario público o miembro de las Fuerzas Armadas y de seguridad; también tenía acceso inmediato a cualquier detenido en prisiones especiales, en cuarteles militares o dependencias policiales. Véase: (Nino, 2015, pp. 143 – 145).

La CONADEP inició su tarea el 29 de diciembre de 1983, designando a Ernesto Sabato como presidente y formando cinco secretarías que se harían cargo de tareas específicas. Los grupos de derechos humanos al darse cuenta de la seriedad e importancia de la misión de la Comisión empezaron a colaborar con ella. También “recibió la cooperación de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos y de varios países que, por ejemplo, enviaron expertos para identificar cadáveres”. La CONADEP “recibió testimonios de miembros de las Fuerzas Armadas y de seguridad, inspeccionó 340 centros de detención clandestinos y visitó morgues y cementerios para identificar cadáveres (...) inspeccionó registros de la policía y de las prisiones, sus miembros concurren a cuarteles militares, prisiones o manicomios que habían sido identificados como lugares en los cuales podían ser encontrados desaparecidos; los resultados fueron siempre negativos. Varios de los miembros de la CONADEP viajaron al extranjero para examinar pruebas, recibir denuncias de los exiliados y establecer oficinas permanentes en algunas embajadas. La Conadep envió 1300 pedidos de informes a la administración. Con la cooperación de las Abuelas de Plaza de Mayo, (...) ayudó a crear un banco de datos en el hospital Durand que ayudaría a identificar y restituir a sus familiares a los niños nacidos de mujeres detenidas que habían sido ‘adoptados’ durante el régimen militar⁸ (...) la Conadep recibió miles de denuncias. El testimonio cubría 50.000 fojas sobre 7.000 casos diferentes” (p. 152). El 20 de septiembre de 1984 la Comisión presentó su informe, junto con 50.000 páginas de documentos al presidente Alfonsín quien ordenó la publicación del informe⁹. El libro publicado, *Nunca más*, contiene el informe de la CONADEP; este libro se convirtió en un *best-seller* y fue traducido a varios idiomas (p. 154).

⁷ Esta descripción la he elaborado a partir del libro: *Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?* (Nino, 2015).

⁸ “Por supuesto, esto provocó varias batallas sobre la custodia en los tribunales entre las familias que estaban en posesión de los niños y los familiares de sus padres naturales” *Ibidem*, nota al pie 63

⁹ El informe inicia con una descripción general del proceso que llevaron adelante los militares para privar a los civiles de sus derechos humanos: secuestro, detención en centros clandestinos, tortura y en muchos casos asesinato.

Nino sostiene que el “trabajo de la Conadep resultó extraordinario por su imparcialidad y detalle (...). Los esfuerzos de la Conadep ayudaron a dar cuenta de los desaparecidos, colectaron invalorable evidencia [prueba] para los juicios, crearon un refugio en el aparato del Estado para las víctimas y sus familiares...” (pp. 154 – 155).

La mayor parte de la evidencia [prueba] colectada por la Conadep fue decisiva en los juicios que seguirían. Ciertos testimonios fueron extremadamente efectivos. Por ejemplo, el arquitecto Roberto Omnar Ramírez, quien había estado en diferentes centros clandestinos de detención, pudo describir en forma general el funcionamiento de esos centros (Conadep, 1986: 77). Juan Carlos Torres atestiguó sobre la forma en que los cadáveres de los ejecutados eran quemados (Conadep, 1986: 137). Andrés Castillo describió la forma de trabajo interno del centro de información que Massera había establecido en París (Conadep, 1986: 143). El doctor Norberto Liwsky, Carlos Enrique Ghszab, y Enrique Núñez brindaron testimonio sobre la tortura sistemática (Conadep, 1986: 27, 61, 64). Varios menores atestiguaron acerca de las formas en las que fueron violados (Conadep, 1986: 50-51). Juan Matías Bianchi describió varias de las prácticas sexuales perversas (Conadep, 1986: 48). Santiago Burnichón y Lucio Ramón Pérez describieron la forma en que se realizaban los secuestros (Conadep, 1986: 18). Federico Manuel Vogelius atestiguó sobre los robos que se realizaban junto con los secuestros (Conadep, 1986: 286). Sara Solarz de Osatinsky atestiguó acerca del nacimiento de niños en los centros clandestinos de detención (Conadep, 1986: 303). Alicia Mabel Portnoy corroboró el secuestro de adolescentes (Conadep, 1986: 330) (Nino, 2015, p. 153).

Al disolverse la CONADEP, Eduardo Rabossi, subsecretario de derechos humanos del Ministerio del Interior se encargó de concluir su trabajo como lo sugerían sus recomendaciones. Durante el juicio a las juntas militares fue quien describió el trabajo de la CONADEP.

1985 fue el año del gran juicio. Julio Strassera, junto con su asistente Luis Moreno Ocampo, comenzaron a estudiar 670 de los casos de secuestro seleccionados de los materiales probatorios facilitados por la CONADEP. El 12 de febrero de 1985 solicitaron que los imputados fueran citados; la Cámara aceptó este pedido y procedió a citarlos entre el 21 de febrero y el 11 de marzo. La primera audiencia pública se efectuó el 22 de abril de 1985. “El 14 de agosto de 1985 se completaron los testimonios, y el 11 de septiembre de 1985 Strassera empezó a resumir la evidencia [prueba] presentada por la fiscalía”. Afirmó que al menos 9.000 personas habían desaparecido. Luego de describir los hechos que rodearon los casos en cuestión, expuso las bases legales para el castigo.

Luego informa que aproximadamente 8960 personas permanecen desaparecidas. Asegura que la violencia no sólo llegó a terroristas, sino también a civiles sin conexión alguna con la actividad terrorista... Definió los actos de represión como “atrocidades sistemáticas”. Véase, (Nino, 2015, p. 153).

Strassera concluyó su alegato pidiendo que se le permitiera repetir la frase que ya pertenecía al pueblo argentino: “Nunca más”. La defensa comenzó su argumentación el 30 de septiembre de 1985. Empezaron por cuestionar la sanción de decretos y leyes que viabilizaron los juicios basándose en el principio de debido proceso. Rechazaron el trabajo de la CONADEP señalando que se trataba de un centro de “creación” de prueba. También descartaban la prueba porque decían que había sido fabricada por el terrorismo de izquierda, negaron la veracidad de las acusaciones directas, también acudieron a diferentes justificaciones como el estado de necesidad, la legítima defensa o la defensa del estado de guerra (pp. 156 – 161). Durante el juicio una serie de bombas explotaron en diferentes lugares del país, incluido el hogar de algunos líderes militares. La corte entró en receso para preparar su decisión. El 9 de diciembre de 1985 la Cámara anunció públicamente su decisión. A partir del análisis de la prueba, los jueces concluyeron “que las medidas tomadas por los acusados fueron radicalmente diferentes de las autorizadas por la ley” (p. 162).

En esencia esas medidas consistieron en el secuestro y la posterior eliminación física de los que eran identificados (de acuerdo con el juicio de quienes ejecutaban las órdenes) como delincuentes subversivos. Que el sistema elegido para combatir la subversión se apartara del Estado de Derecho (...) se refleja no solamente en la violencia que caracterizó esas operaciones, sino también en las medidas que se tomaron con el propósito de ocultar los arrestos y el destino de los detenidos, entregándolos a condiciones inaceptables de cautiverio. *Toda la evidencia [prueba] que se ha producido y evaluado en los capítulos precedentes confirman esta afirmación* (p. 163) ¹⁰. (Las cursivas me pertenecen)

“La Cámara afirmó que los imputados no sólo contribuyeron a los delitos dando las directivas sino también facilitando su ejecución” (p. 165). El tribunal atribuyó responsabilidad a cada uno de los imputados y finalmente impuso las condenas. En opinión de Nino, “la Cámara condujo el juicio en una forma extremadamente digna y, en su sobria y razonada decisión, sentó los principios que conducirían al restablecimiento del Estado de Derecho y de los principios más elementales de la ética en la vida argentina” (p. 166).

4. LA CREACIÓN DE COMISIONES EXTRAJUDICIALES PARA LA INVESTIGACIÓN Y RECAUDO DE PRUEBAS

En procesos de transición es común la creación de comisiones extrajudiciales para que investiguen y recaben prueba sobre las torturas, desapariciones, muertes y más violaciones a los

¹⁰ “Cámara Federal de Apelaciones en los Criminal y Correccional de la Capital Federal, sentencia en el caso n° 13 (9 de diciembre de 1985). Tomado de la traducción inglesa de Garro y Dahl (1987: 368, 373)” (Ibidem, nota al pie 70).

derechos humanos acaecidas durante los años de dictadura y conflicto armado¹¹. Su labor es coadyuvar en la tarea de identificación de los responsables y de las víctimas¹². Esto, por lo general, se debe a la incapacidad del Estado de asumir estas tareas por falta de recursos humanos, profesionales, técnicos, logísticos, administrativos y económicos. Estas comisiones extrajudiciales que se las conoce como “comisiones de la verdad”, no dependen, ni están vinculadas a los órganos judiciales, están conformadas por ciudadanos con una importante e intachable trayectoria y una vez cumplido su fin específico de investigar, emiten recomendaciones y se extinguen. En sus informes quedan documentados los hallazgos realizados.

Como señala Freeman (2006, p.71), la función de las comisiones de la verdad consiste en investigar, mas no en atribuir responsabilidades, aunque se lleguen a individualizar a los perpetradores de las violaciones y a las víctimas. No obstante, dada la enorme complejidad de los procesos de transición se requiere del apoyo de este tipo de comisiones para que operen los órganos judiciales (Van Zyl, 2011, p. 56). Salmón señala que la razón por la cual los estados recurren a la creación de estas comisiones es porque “brindan, entre otros beneficios y aportes, el auto-descubrimiento y reconocimiento oficial de una realidad ignorada, la identificación de los sectores involucrados en las violaciones a los derechos humanos, la personalización y humanización de las víctimas, la reparación parcial del daño causado, aportes para la prevención de sucesivas violaciones a los derechos humanos, y contribuciones para la reconciliación a través de la verdad y la justicia, permitiendo, junto con el trabajo a nivel judicial, un proceso de transición completo” (2015, p. 293).

Ahora bien, el alcance de sus actuaciones y el valor probatorio de los recaudos que realicen depende de su configuración. En el caso argentino, a la CONADEP¹³, como vimos en el punto anterior, se le dotó de amplias facultades, podía, inclusive, exigir testimonios de las fuerzas armadas y funcionarios públicos, no tenía ninguna restricción para acceder a sitios claves y documentos, contar con el apoyo de organismos internacionales como la ONU y la OEA, así como de otros países y académicos prestigiosos; y, toda la prueba que recabó fue fundamental para que el fiscal Strassera y su equipo construyeran el juicio a las juntas militares argentinas. En este punto, cabe preguntarse sobre el *valor probatorio* de los informes de las comisiones de la verdad dentro de los juicios, porque si se usaran los informes de las comisiones de la verdad como *prueba relevante* en la determinación de los hechos y la responsabilidad de los imputados, se plantearía el problema del

¹¹ Estas comisiones se conforman para la investigación de los crímenes cometidos, por lo general, durante regímenes totalitarios y dictatoriales o en situaciones de conflicto armado; no obstante, en los casos de Ecuador y Perú la creación de las respectivas comisiones de la verdad, han abarcado períodos de gobiernos democráticos.

¹² Un análisis sobre el aporte de las “comisiones de la verdad” puede encontrarse en: (Salmón, 2011, pp. 227 – 263)

¹³ Fue una de las primeras comisiones de la verdad.

derecho a la oposición o contradicción probatoria, no previsto, por su propia naturaleza, en el trabajo de investigación que realizan estas comisiones. En el juicio a las juntas militares de Argentina, el informe de la CONADEP sirvió para seleccionar casos, y con base en sus hallazgos armar la acusación, pero los testigos rindieron testimonio dentro del juicio, la prueba documental fue ingresada con todas las formalidades dentro del juicio, de esta manera, el señalado problema a la oposición o contradicción probatoria habría quedado resuelto. De todas maneras, el trabajo de la CONADEP fue presentado dentro del juicio por Eduardo Rabossi, subsecretario de derechos humanos del Ministerio del Interior, a partir de lo cual surgen las siguientes inquietudes: ¿qué valor probatorio pudo haber tenido este testimonio? ¿podría considerarse prueba de contexto? ¿cuál sería su impacto? Esto será tratado en *infra* § 6.1.

4.1. CRITERIOS PARA LA SELECCIÓN DE CASOS

Las comisiones de la verdad concluyen su labor ubicando miles (quizás millones¹⁴) de casos. De acuerdo con Nino, la CONADEP documentó 7.000 casos. El fiscal Julio Strassera, junto con su asistente Luis Moreno Ocampo, estudiaron 670 de los casos de secuestro seleccionados de los materiales probatorios facilitados por la CONADEP. En un reporte de prensa de la época¹⁵ consta una declaración de Strassera en la que señala que el trabajo acusatorio de la Fiscalía se centró en el informe de la CONADEP, dice: “la CONADEP hizo una preselección de casos y mandó, creo, más de 1.500 casos, siguiendo criterios vinculados con los lugares de detención..., es decir, entrecruzando los datos, o sea, causas que se pudieran corroborar unas con otras. De ahí, nosotros hicimos la selección definitiva tomando en cuenta 709 casos...”. Explica que los 709 casos fueron fichados en tarjetas para presentarlos de forma orgánica. Estas declaraciones dejan entrever que el criterio que se usó para seleccionar los casos fue el de *disponibilidad probatoria suficiente*.

Los criterios que se suelen usar, por ejemplo, en la Corte Internacional Penal o en el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, entre otros, son la *gravedad de los hechos*, las *características de los perpetradores* y la *disponibilidad de los medios de prueba* para el convencimiento del juzgador (Patiño, 2013, pp. 252 – 253).

¹⁴ Según cifras oficiales el número de víctimas del conflicto armado en Colombia asciende a 8.532.761 aproximadamente. Véase: Unidad para la Atención y la Reparación Integral a las Víctimas <https://www.unidadvictimas.gov.co/> (último acceso: 9-3-2024)

¹⁵ Véase: <https://www.infobae.com/opinion/2022/10/30/como-fue-posible-el-juicio-a-las-juntas-cronologia-de-un-esfuerzo-extraordinario/> (último acceso: 9-3-2024)

Es necesario contar con criterios de selección de casos para que los juicios puedan prosperar, caso contrario, podría tornarse inmanejable y el juicio volverse infructuoso. Si nos tomamos en serio un juicio, el criterio que siempre debe estar presente es el de la *disponibilidad probatoria*.

5. LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA

Como señala Nicola Muffato, la *admisibilidad* “es la propiedad normativa que se predica de cierta información *relevante* cuando le está *permitido* al evaluador tomarla en cuenta y eventualmente utilizarla en sus inferencias probatorias” (Muffato, 2014, p. 63). Es decir, para que un medio de prueba pueda ser admitido en un proceso judicial debe ser *relevante*. Un medio de prueba es relevante si nos brinda *razones epistémicas* para aceptar como verdadero o falso determinado hecho¹⁶. En palabras de Taruffo, los medios de prueba relevantes son los que mantienen conexión lógica con los hechos en litigio, de tal modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de los hechos (2008, pp. 37 – 58)¹⁷. Si un medio de prueba no es relevante en el sentido señalado, no puede constituirse en elemento probatorio dentro de un proceso judicial, pues la *relevancia* es *condición necesaria* para que una información cuente como prueba jurídica y de esta manera cumpla un papel en el razonamiento probatorio.

La relevancia probatoria de un elemento de juicio depende, primariamente de la determinación del *thema probandum*, es decir, de la atribución de ciertas consecuencias normativas a determinados hechos, como dice Taruffo:

La referencia a la norma y al supuesto de hecho sirve [...] para establecer qué circunstancias de hecho son jurídicamente relevantes en el caso en concreto y, por tanto, para establecer qué hechos deben ser determinados a los efectos de la decisión. Esa referencia sirve, pues, para establecer cuál es el objeto del juicio de hecho, esto es qué hechos son los que constituyen (= deberían constituir) el objeto de las pruebas a producir en este proceso [...].

[No obstante,] una cosa es establecer, sobre la base del criterio de relevancia jurídica derivado de la norma por hipótesis aplicable, *cuáles* son los hechos relevantes que deberían ser determinados y otra, en cambio, establecer *cómo* (es decir, con qué medios y según qué resultados cognitivos) esos hechos pueden o deben ser determinados [...]. (Taruffo, 2011, p. 103).

¹⁶ Como dice Dei Vecchi, el criterio jurídico - procesal de admisión es el criterio de relevancia epistémica (Dei Vecchi, 2020, pp. 53 – 76).

¹⁷ Véase, también: (Dei Vecchi, 2020, pp. 53 – 76).

“*Cuáles* son los hechos que deberían ser determinados” es una cuestión de *interpretación* del enunciado normativo con el concepto de relevancia jurídica; mientras que, “*cómo* esos hechos pueden o deben ser determinados” es una cuestión *epistémica o cognoscitiva*.

En definitiva, podemos decir que la relevancia probatoria tiene que ver con el valor probatorio *potencial* de un medio de prueba, “es decir con la capacidad de una información, tomada como premisa en una inferencia o en un argumento, para dar apoyo probatorio a una conclusión directa o indirectamente relacionada con el *thema probandum*” (Muffato, 2014, p. 64).

No obstante, es imprescindible tener en cuenta que, si bien la relevancia de las pruebas es condición necesaria para la admisión de un medio o elemento de prueba, *no es condición suficiente*. Por tanto, todo medio de prueba admitido debe ser relevante, pero no toda prueba relevante es jurídicamente admisible. En los ordenamientos jurídicos hay razones que operan como criterios de exclusión o *no* admisibilidad de la prueba, estas razones pueden ser epistémicas o no. Las razones epistémicas, siguiendo a Diego Dei Vecchi, pueden ser de primer, segundo y tercer orden:

Las razones epistémicas de primer orden son las pruebas relevantes en favor del objeto de prueba¹⁸. Las razones epistémicas de segundo y tercer orden son las que operan para rechazar o excluir ciertas razones epistémicas de primer orden.

Las razones epistémicas de segundo orden para la no admisibilidad son aquellas que informan el rechazo de una prueba relevante en vistas de mejorar el estatus justificativo epistémico final del objeto de prueba. Un ejemplo de esta categoría podría ser el caso en que se cuenta con un conjunto de elementos probatorios tan rico que la admisión de un elemento de prueba adicional, por relevante que pudiera parecer, probablemente no afectaría en gran medida el estatus de justificación epistémica de la proposición que quiere probarse. Se trata de los llamados casos de *superfluidad* de la prueba¹⁹ [...].

Las razones epistémicas de tercer orden para la no admisibilidad son aquellas que informan el rechazo de una prueba relevante [...] donde el estatus de justificación epistémica de la proposición en cuestión empeora o, al menos, corre el riesgo de empeoramiento; al tiempo que la no admisión o exclusión se traduce en un mejoramiento de la disponibilidad de prueba relevante a largo plazo para el tipo de investigación del que se trate [...] (Dei Vecchi, 2020, pp. 62 – 65)²⁰.

¹⁸ He señalado, reiteradamente que para que un medio de prueba sea admitido, necesariamente, debe ser relevante.

¹⁹ Prueba redundante o inútil, cuyo fundamento se encuentra en el principio de economía procesal junto a la previsión de una baja alteración del grado de justificación epistémica.

²⁰ “Los dos ejemplos que Ferrer Beltrán invoca son muy ilustrativos: el primero refiere a la no admisión de prueba en segunda o ulteriores instancias judiciales a efectos de evitar el abuso de posiciones estratégicas y promover el ofrecimiento de toda la prueba disponible por las partes desde el primer momento procesal, en la generalidad de los procesos futuros. El segundo de los ejemplos es el del derecho del periodista a no revelar sus fuentes y la no admisibilidad del pedido de una revelación tal.

Las otras razones jurídicas de exclusión de prueba relevante (razones no epistémicas) tienen que ver con normas que garantizan o tutelan otros valores que confrontan con el valor de la búsqueda de la verdad, estos valores suelen encontrarse en disposiciones constitucionales, vía interpretación; por ejemplo, la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva, la libertad de expresión, la intimidad personal y familiar, la libertad ambulatoria, el secreto profesional, el secreto gubernamental, la integridad física y psíquica, etc. Lo importante aquí es observar que se tratan de razones jurídicas que entran en conflicto con la finalidad de la búsqueda de la verdad, al colocar límites, en ocasiones estrictos, para esa búsqueda. Lo que determina la exclusión de pruebas es una suma compleja de razones normativas conjugadas y ponderadas²¹. “No hay ninguna superioridad intrínseca entre el valor de búsqueda de la verdad y cualquier otro valor en juego a este respecto. El modo en que se estructure y configure la relación ponderativa entre esos valores depende los juicios evaluativos de los intérpretes” que, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, suelen ser las cortes supremas o las cortes constitucionales, y también, en ocasiones, aunque con distinto grado de impacto, algunas cortes internacionales (Dei Vecchi, 2020, pp. 66 – 74).²²

En los procesos de justicia retroactiva, una cuestión que debemos plantearnos es si los medios de prueba que han sido recabados por las comisiones de la verdad deben ser admitidos en los juicios. Se ha visto que las pruebas recabadas por la CONADEP fueron fundamentales para que el juicio a las juntas militares argentinas fuera posible, sin estos elementos de prueba no habría habido juicio. Si bien, las pruebas fueron presentadas dentro del juicio y valoradas durante la audiencia, lo cierto es que esas pruebas fueron recabadas por un órgano extrajudicial y transitorio; por ende, las reformas legales que se alistaron antes del juicio fueron necesarias para viabilizar la posibilidad del uso de estos medios de prueba. Pero, esto no siempre ocurre así, por ejemplo, los medios de prueba recabados por la “Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición” de Colombia (CEV) no podrán ser usados en los procesos judiciales JEP²³, de tal manera que han quedado jurídicamente excluidos. El artículo 4 del Decreto Ley 588 de 2017 señala:

La CEV será un mecanismo extrajudicial. Por tanto, sus actividades no tendrán carácter judicial, *ni servirán para la imputación penal ante ninguna autoridad jurisdiccional*. La información que

Ambos son ejemplos [en donde la exclusión operaría] como incentivo para un mejoramiento de la práctica epistémica global en el futuro. En el primer caso, esto se concretaría motivando a las partes a ofrecer la prueba de modo espontáneo e inmediato; en el segundo, asegurando a las fuentes que pueden confiar en los periodistas a quienes revelan ciertos acontecimientos” (ibidem, p. 65).

²¹ En este espacio no es posible tratar la compleja cuestión de la ponderación de principios. En todo caso, la bibliografía es enorme, como referencia puede consultarse: Alexy (1993), (1994), Atienza y Ruiz Manero (1996), Atienza (2006), (2013), Dworkin (1986), entre muchos otros.

²² También, véase: (Taruffo, 2008, pp. 42 – 56).

²³ Jurisdicción Especial para la Paz.

reciba o produzca la CEV *no podrá ser trasladada por ésta a autoridades judiciales o para tener valor probatorio*, ni las autoridades judiciales podrán requerírsela... (las cursivas me pertenecen).

¿Cuáles son las razones jurídicas para *excluir* la información recabada por la CEV en procesos judiciales posteriores? La Corte Constitucional de Colombia²⁴, al determinar la constitucionalidad de la regla citada sostuvo lo siguiente:

[...] la medida disminuye la posibilidad de que los perpetradores se rehúsen a contribuir de manera efectiva con el mecanismo, al prohibirse que sus declaraciones sean usadas posteriormente para investigarlos y sancionarlos. Así mismo, se estima que reduce las opciones de que las víctimas no accedan a declarar, pues si se asignaran efectos judiciales a sus testimonios existiría el peligro de que los responsables de crímenes tomen represalias en su contra. En igual sentido, se indica que el artículo citado fortalece el valor de la verdad en sí misma, como aporte a la dignificación y a la reparación de las víctimas y como complemento a la verdad judicial.

La primera razón argüida por la Corte Constitucional colombiana tiene que ver con la protección de los valores de presunción de inocencia y libertad; la segunda razón con la protección de la integridad física y psíquica de las víctimas, ambas son razones *no* epistémicas que limitan el conocimiento de la verdad en los procesos JEP; y, la tercera razón, si bien es de corte epistémico, pues pretende el mejoramiento de la práctica cognoscitiva global, no aporta a un posterior juicio penal, sino al descubrimiento de la verdad fuera del proceso judicial como mecanismo de reparación a las víctimas en general.

Probablemente, las razones para *excluir* la investigación y elementos probatorios recabados por la CEV en procesos judiciales posteriores tienen el suficiente peso. No obstante, cabe recordar que el apoyo de este tipo de comisiones de la verdad es fundamental para que operen los órganos judiciales. En la experiencia argentina la CONADEP recabó invalorable prueba, la que fue *decisiva* en los juicios que seguirían (Nino, 2015, p.153). Claro está, los procesos de transición hacia el restablecimiento del estado de derecho son extraordinariamente difíciles, en ellos se plantean problemas de distinta índole y no existe consenso de cómo resolverlos, pues las respuestas dadas han dependido del contexto. La discusión de si Colombia ha hecho bien o no en excluir los elementos probatorios recabados por la CEV en procesos judiciales posteriores requiere de un análisis mucho más profundo que excede las pretensiones de este artículo.

6. FLEXIBILIZACIÓN PROBATORIA

²⁴ Sentencia C-017 de 2018

La transición hacia el restablecimiento del Estado de derecho consiste en una “variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación” (González-Fuente, 2017, p. 26). Con base en esto, se suele sostener la necesidad de flexibilidad probatoria para conseguir resultados satisfactorios dentro de los juicios.

6.1. INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA DE CONTEXTO

Una de las estrategias que se señalan para conseguir la flexibilización probatoria es la de incorporar la denominada *prueba por contexto o de contexto*, concibiéndola como “una prueba de gran relevancia ante el vacío probatorio o carencia de otros medios de prueba, ‘especialmente frente a violaciones de Derechos Humanos en los que el Estado ha tenido el control efectivo de las pruebas, las ha desaparecido o no coopera con el aporte de las mismas en los procesos’” (Palomo y otros, 2020, p. 919), se trata de la “construcción de contextos alrededor del crimen, los autores, partícipes, cadenas de mando y sus móviles...” (idem).

El trabajo de las comisiones de la verdad, documentado en sus informes finales, entre otras cosas, sirve para entender los motivos y causas de las violaciones a los derechos en el marco de un período determinado. La labor de las comisiones de la verdad ha sido fundamental para descubrir y entender la magnitud de los hechos ocurridos durante los años de dictadura y conflicto armado, especialmente en América Latina. El uso de los informes de las comisiones de la verdad, dentro de los juicios que se instauran en contra de los responsables de las violaciones a los derechos humanos durante períodos determinados, permiten a los tribunales de justicia situarles en el contexto en el que ocurrieron. “Esta contextualización permite vislumbrar la verdadera gravedad de dicha violación y establecer el vínculo de responsabilidad sobre la base de patrones de conducta. Los *modus operandi* no solo demuestran la gravedad del hecho, sino que también permiten señalar a los responsables en situaciones que, de otra forma, serían difícilmente comprobables” (Salmón, 2015, p. 309).

En *supra* § 4 quedó planteada la cuestión sobre el valor probatorio que el informe *Nunca Más* de la CONADEP pudo haber tenido en el juicio a las juntas militares, si fue considerado como una prueba de contexto y cuál habría sido su impacto. Sin duda, el informe final de la CONADEP dentro del juicio a las juntas militares tuvo un importante valor probatorio, el contexto ahí explicado sirvió para *interpretar* los hechos sobre las desapariciones, torturas, muertes y más violaciones acaecidas durante la dictadura militar, entre 1976 y 1983 en Argentina, pero no sirvió como “prueba” ante el

“vacío probatorio” o “carencia de otros medios de prueba”. La función del “contexto” es contribuir a la *interpretación* de los hechos de un caso. Las torturas, desapariciones, muertes y más violaciones a los derechos humanos se enmarcan en un contexto de regímenes totalitarios que le dota de significado; las diversas violaciones tienen el mismo origen en la estructura dictatorial que coloca a los disidentes con el régimen en una posición de riesgo. De ahí que es relevante describir la estructura, el funcionamiento, los patrones delincuenciales, asociar casos y situaciones, identificar los centros de detención, el *modus operandi*, establecer los móviles, etc. En este tipo de casos no interesa *aislar* el contexto, al contrario, más bien es importante *expandirlo* de tal manera que la explicación de la acción de los imputados se corresponda, al máximo posible, con el resto de la historia. Entonces, cabe recalcar, el contexto sirve para *interpretar* los hechos de los casos particulares, pero no sirve para suplir el “vacío probatorio” o la “carencia de otros medios de prueba”, ese es un error que hay que señalarlo. Luego, tampoco se corresponde con una estrategia de flexibilización probatoria, pues el contexto es un elemento que debe estar presente en todos aquellos casos, cuya naturaleza lo requiera, para interpretar los hechos del caso.

6.2. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y DISMINUCIÓN DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA²⁵

Cuando el enunciado acerca del hecho principal en litigio, sobre la base de las pruebas presentadas, ha sido comprobado, se resuelve el caso aplicando la consecuencia jurídica prevista en la norma jurídica que rige el supuesto de hecho. Pero esto no sucede cuando no han sido probados todos o algunos de los hechos principales, en estos escenarios de *incertidumbre* el juez o tribunal no puede aplicar la norma jurídica a los hechos en litigio, pues no existe la condición fáctica necesaria para su aplicación, por consiguiente, necesita aplicar algún criterio para resolver el caso, ese criterio es el de la *carga de la prueba* (Taruffo, 2008, pp. 145 – 146).

La incidencia de la carga de la prueba varía dependiendo del tipo de proceso²⁶. En los *procesos penales* la carga de la prueba exige a la fiscalía probar su caso “más allá de toda duda razonable” o, en otras palabras, tiene que derribar la presunción de inocencia del o los imputados, lo que significa que el juez o tribunal, a la hora de resolver el caso, debe tener un grado de convencimiento muy alto, cercano a la certeza absoluta de que el imputado es culpable para condenarlo. Este criterio puede parecer malo, de hecho, los políticos suelen sostener que el sistema jurídico protege demasiado a los delincuentes y les deja libres en perjuicio de la seguridad de los ciudadanos buenos.

²⁵ La carga de la prueba y el estándar de prueba funcionan para adoptar resoluciones dentro de un juicio, son conceptos interrelacionados.

²⁶ En esta parte sigo de manera libre a (Schauer, 2013, pp. 223 – 237).

Siguiendo la misma línea de razonamiento, se puede creer que exigir a la fiscalía una carga de la prueba tan rigurosa, en aquellos juicios instaurados para juzgar las violaciones cometidas durante los años de dictadura y conflicto armado, protege a los perpetradores y se aleja del objetivo de la justicia retroactiva. En 1759, William Blackstone dijo: “El derecho sostiene que es mejor que diez personas culpables escapen, antes que una inocente sufra” (Blackstone, 1769, p.4: *358)²⁷. Con esto Blackstone explicaba que para el derecho no es deseable que los culpables de un delito queden libres, pero es mucho peor cuando un inocente es condenado; si se usara una carga de la prueba de intensidad más baja, la posibilidad de que un inocente sea condenado se elevaría. “En consecuencia, el sistema jurídico calibra la carga de la prueba de manera tal que el derecho pueda satisfacer el interés social de encarcelar a los culpables y el de mantener muy bajo número de inocentes que castiga” (Schauer, 2013, p. 226), pues el valor que está en juego es la libertad personal.

En los juicios civiles, la carga de la prueba es diferente, el actor o demandante vencerá sólo si prueba su pretensión mediante una preponderancia de pruebas, lo que en Inglaterra llaman “el balance de probabilidades”, porque los valores en juego son muy diferentes. Como dice Schauer, a diferencia del proceso penal, en donde se entiende que el error de encarcelar a un inocente es mucho peor que el de dejar libre a un culpable, en los casos civiles hay equivalencia de los valores en juego, por ejemplo, “el error de un actor injustamente no indemnizado no es más serio que el de un demandado injustamente considerado responsable. Siendo los dos errores equivalentes, la carga de la prueba escogida refleja esa equivalencia de valores subyacentes” (idem).

Como se ve, la carga de la prueba en contextos de incertidumbre sirve para adoptar una decisión final sobre el caso y esta varía dependiendo de los valores en juego. No obstante, la carga de la prueba también se usa en el conjunto de resoluciones que deben adoptarse antes de la sentencia. En este punto es útil distinguir la “carga de la persuasión” de la “carga de la producción”. La *carga de la persuasión* recae sobre la parte que debe convencer acerca del carácter fundado de lo que sostiene, mientras que la *carga de la producción* se refiere al deber de producción de elementos o medios de prueba útiles para poner en duda una cuestión (Schauer, 2013, pp. 227 – 228). Cuando se habla de *inversión de la carga de la prueba* lo que se invierte es la carga de la producción y si no se cumple con esta carga opera una *presunción legal* que especifica qué hechos van a considerarse verdaderos si la parte con la carga de la prueba no la satisface.

[L]a presunción es, en efecto, una distribución de la carga de la producción, una especificación de la carga de la prueba que debe ser generada por la parte que tiene la carga de la producción y una

²⁷ Citado por (Schauer, 2013, p. 225).

enunciación de los hechos que se hubieran tomado por existentes si la parte con la carga no la produjera o lo hiciera, pero sin alcanzar su carga de la prueba (pp. 229 – 230).

La “posibilidad de invertir la carga de la prueba por gozar una de las partes de mejor posición para acreditar el tema de prueba” (Palomo y otros, 2020, p. 924), puede ser una estrategia para resolver el caso de justicia retroactiva a falta de prueba, porque con la *inversión* ya no sería el fiscal el que debe probar el acto, por ejemplo, de tortura que se le imputa a un agente, sino que es el supuesto agente el que tendría que probar que no torturó, si no lo hace operaría la *presunción* según la cual se da por cierto el acto de tortura. No obstante, optar por esta solución no es para nada sencillo, pues al hacerlo se estaría dejando de lado el principio de *presunción de inocencia*, que es el *eje central* del proceso penal contemporáneo (Andrés I., 2006, p. 19 – 51)²⁸. “[C]uando decimos que un imputado en un caso penal se presume inocente, también estamos diciendo que la fiscalía tiene la carga de la prueba, y que su fallo en satisfacerla resultará en la absolución del imputado” (Schauer, 2013, p. 228).

En este punto es necesario anotar que, por lo general, las presunciones no operan de manera automática, antes se exige que la parte a la que le corresponde pruebe un hecho base, a partir de lo cual se presumirá algo más, por ejemplo, para *presumir* que se han pagado los intereses de una deuda, primero deberá probarse que existe constancia del pago del capital. Pero, esto no ocurre con la “presunción de inocencia”, porque la presunción de inocencia es una presuposición de base del sistema penal (p. 229). La presunción de inocencia es “regla de tratamiento del imputado y regla de juicio” (Andrés I., 2007, p. 116). Como *regla de tratamiento del imputado* “proscribe cualquier forma de anticipación de la pena” (idem). Esta propuesta de inversión de la carga de la prueba ¿estaría anticipando la pena del imputado? La respuesta afirmativa a esta cuestión podría rebatirse señalando que la prisión preventiva también estaría anticipando la pena y no por eso los sistemas penales la han dejado de lado. El problema se complica respecto de la función de la presunción de inocencia como *regla de juicio* que es la de “evitar que pueda tener lugar un resultado indeseado (la condena de inocentes), para lo cual se está dispuesto a asumir el riesgo de un resultado que tampoco se desea (la absolución de culpables), pero que se considera menos malo que lo otro” (Atienza, 1994, p. 84), de tal modo que en casos penales la presunción de inocencia no sólo limita, sino que impide la *inversión de la carga de la prueba*, a menos que la propuesta incluya una reforma del sistema penal, en donde la presunción de inocencia ya no sea el eje central del sistema, lo que no parece viable dentro de un Estado constitucional de derecho.

²⁸ Véase: (Ferrajoli, 1995).

La propuesta de flexibilización probatoria también se sostiene argumentando que para juzgar los delitos cometidos durante los años de dictadura y conflicto armado se debería usar el estándar de “prueba preponderante” según el cual, como habíamos visto, el juez debería elegir la hipótesis sobre los hechos con un nivel de corroboración relativamente mayor respecto de cualquier otra hipótesis y no el de “más allá de toda duda razonable”, que es mucho más exigente (Palomo y otros, 2020, p. 941). Como fundamento de esta propuesta se señala que:

La Corte Interamericana, en los procedimientos contenciosos para demostrar la responsabilidad internacional del Estado demandado, suele emplear un estándar de ‘preponderancia de la prueba’ menos exigente que el conocimiento más allá de toda duda razonable. Así, por ejemplo, en el caso *Escher y otros vs. Brasil*, afirmó el máximo tribunal interamericano que ese asunto no podía probar ‘con entera certeza’ (más allá de toda duda razonable), pero que existía una ‘alta probabilidad’ (de prueba preponderante) de que había ocurrido, por lo que lo declaró como probado” (idem).

Al respecto, cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos resuelve casos de responsabilidad internacional de los Estados, los casos de justicia retroactiva dentro de los estados se desarrollan en el marco del derecho penal; como en el caso del juicio a las juntas militares argentinas, lo que se pretende es juzgar las torturas, desapariciones, muertes, etc. En los procesos penales, como ya lo dije y es archi conocido, el estándar de prueba que rige es el “más allá de toda duda razonable”. Para rebajar este estándar de prueba podría intentarse sostener que los bienes que pretenden tutelarse en este tipo de procesos penales por las gravísimas violaciones a los derechos humanos cometidas durante los periodos de facto tienen una particular importancia social. No obstante, disminuir el estándar de prueba con base en la referida consideración sería ilegítimo porque donde las consecuencias de una sentencia son más graves para el acusado (encarcelamiento) el umbral de justificación tiene que aumentar, se requieren más y mejores pruebas que aquellas requeridas en otras situaciones donde lo que está en juego es menos importante, aunque exista inconformidad por el riesgo de dejar libres a culpables, riesgo, en todo caso, menos malo que la condena a inocentes.

7. CONCLUSIONES

A continuación, realizaré una breve recapitulación de las conclusiones alcanzadas a lo largo de este trabajo:

- En procesos de transición hacia el restablecimiento del estado de derecho, el *descubrimiento de la verdad* sobre los crímenes atroces cometidos durante los regímenes de facto es importante. Ahora bien, en mi opinión, no existen varios tipos de verdad según si nos encontramos fuera o

dentro de un proceso judicial, la verdad de los hechos del caso como fundamento de la efectividad del derecho y como requisito necesario de la administración de justicia depende de la correspondencia de esos hechos con la realidad, tal cual ocurre fuera de un proceso judicial. Tema distinto son los límites que las reglas de todo proceso judicial imponen al descubrimiento de la verdad. Por ende, las distinciones de “tipos” de verdad carecen de fundamento.

- La labor de las comisiones de la verdad ha sido fundamental para descubrir y entender la magnitud de los hechos ocurridos durante los años de dictadura y conflicto armado, especialmente en América Latina.

- Todo medio de prueba para ser admitido dentro de un proceso judicial debe ser relevante, pero no todo medio de prueba relevante es jurídicamente admisible. En los ordenamientos jurídicos hay razones que operan como criterios de *exclusión o no admisibilidad* de la prueba, estas razones, como vimos en *supra* § 5, pueden ser epistémicas o no. En los procesos de justicia retroactiva, una cuestión que se plantea es si los medios de prueba que han sido recabados por las comisiones de la verdad pueden ser admitidos en los juicios posteriores. En el caso del juicio a las juntas militares argentinas la prueba recabada por la CONADEP fue decisiva. En los procesos JEP de Colombia la prueba obtenida por la CEV no podrá ser usada. La discusión sobre la conveniencia de admitir los elementos de prueba obtenidos por las comisiones de la verdad debe ser sometida a un análisis profundo, la respuesta dependerá de cada caso.

- El uso de los informes de las comisiones de la verdad dentro de los juicios que se instauran en contra de los responsables de las violaciones a los derechos humanos durante períodos determinados permite a los tribunales de justicia situarles en el *contexto* en el que ocurrieron; pero, no sirven como *prueba de contexto* para suplir las insuficiencias o vacíos probatorios; la función del “contexto” es contribuir a la *interpretación* de los hechos de un caso.

- La posibilidad de *invertir la carga de la prueba* porque una de las partes se encuentra en mejor posición para acreditar el *thema probandum* puede ser una estrategia de flexibilización probatoria en los casos de justicia retroactiva. No obstante, optar por esta estrategia implica contrariar el principio de presunción de inocencia, algo que no parece viable en un Estado constitucional de derecho.

- En los procesos penales de justicia retroactiva reemplazar el estándar de prueba *más allá de toda duda razonable* por el de *prueba preponderante*, tampoco parece viable, aunque los bienes que pretenden tutelarse en este tipo de procesos tengan una particular importancia social. En un proceso penal se requieren más y mejores pruebas para condenar a prisión al acusado, de esa manera el riesgo de condenar a un inocente disminuye. Si se rebajara el estándar de prueba, este riesgo aumentaría, lo que es ilegítimo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSON, Terence, SCHUM, David, TWINING, William. Análisis de la prueba. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2015.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “¿Desmemoria o impostura? Un torpe uso del ‘uso alternativo del derecho’”. Jueces para la Democracia. Información y debate, Madrid, 55, pág. 8 – 14, 2006.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Justicia penal, derechos y garantías. Lima, Bogotá: Palestra, Temis, 2007.

ATIENZA, Manuel. “Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a la tesis de Perfecto Andrés Ibáñez”. Jueces para la Democracia. Información y debate, Madrid, 22, pág. 43 – 48, 1994.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C – 017 de 2018. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=86220>, 2018.

DEI VECCHI, Diego. Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio. Perú, México: Zela Grupo Editorial, Editorial CEJI, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.

FREEMAN, Mark. Truth Commissions and Procedural Fairness. Nueva York: Cambridge University Press, 2006.

GASCÓN, Marina. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Quaetio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción. México: Fontamara, 2013.

GONZÁLEZ-FUENTE, Rodrigo. El marco jurídico de la justicia transicional. Bases para el sistema integral de justicia transicional. En Tarapués, D. (Coord.), *Justicia transicional, reforma constitucional y paz. Reflexiones sobre la estrategia integral de justicia transicional en Colombia*. Cali: Editorial Universidad Santiago de Cali y Biblioteca Jurídica Dike, pp. 25 – 89, 2017.



HAACK, Susan. Filosofía del derecho y de la prueba. Perspectivas pragmatistas. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2020.

MUFFATO, Nicola. “Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal”. Papayannis, D. (Coord.), *Causalidad y atribución de responsabilidad*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, pág. 45 – 76, 2014.

MUÑOZ RINCÓN, Ana María. “La (in)suficiencia del derecho: la producción de la verdad en escenarios transicionales”. *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 48, pág. 85-112, enero-abril de 2021. <https://doi.org/10.18601/01229893.n48.04>

NINO, Carlos. Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?, Martín Böhmer (trad.). Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2015.

PALOMO, Diego y otros. “Estudio de la prueba en la jurisdicción especial para la paz (JEP) desde el debido proceso probatorio”. *Política Criminal*, Vol. 15, No. 30, pág. 907 – 946, 2020. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992020000200907>

PATIÑO GOZNÁLEZ, María Cristina. “La construcción de contextos y la priorización de casos: un cambio de paradigma en la cultura investigativa colombiana”. *Proceso Judicial y Cultura. Una Mirada Global*. Medellín: Sello editorial Universidad de Medellín, pág. 243 – 258, 2013.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto Ley 588 de 2017. 2017, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=80633>

RICAURTE, Catherine. Argumentación y teoría de la prueba en el mundo latino. Un punto de partida. Alicante: Universidad de Alicante. 2019. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/95789>

RICAURTE, Catherine. “La prueba a la luz de la argumentación”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 2023, 367 – 383, <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.21>

SALMÓN, Elisabeth. “Las comisiones de la verdad y la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. ¿Hacia la parajudicialización de las comisiones de la verdad?”. M. Giusti, G.



Gutiérrez y E. Salmón (ed.), *La verdad nos hace libres Sobre las relaciones entre filosofía, derechos humanos, religión y universidad*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 291 – 313, 2015. <https://doi.org/10.18800/9786123171148.019>

SCHAUER, Frederick. Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico. T. Schleider (trad.), Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. La Prueba. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Madrid: Trotta, 2011.

TARUFFO, Michele. Hacia la decisión justa. Perú, México: Zela Grupo Editorial, Editorial CEJI, 2020.

TUZET, Giovanni. La prueba razonada. Perú, México: Zela Grupo Editorial, Editorial CEJI, 2020.

TUZET, Giovanni. Filosofía de la prueba jurídica. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2021.

UPRIMNY, Rodrigo, y SAFFON, María Paula. “Derecho a la verdad: límites y potencialidades de la verdad judicial”. Uprimny, R. (ed) *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá: Ediciones Antropos, pág. 139-172, 2006.

VAN ZYL, Paul. “Promoviendo la justicia transicional en sociedades pos conflicto”. F. Reátegui (ed.), *Justicia transicional: manual para América Latina*. Brasilia, Nueva York: Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia – Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011.

VÁZQUEZ, Carmen, y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. “La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas”. J. Ferrer (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, pág. 137 – 221, 2022.

Sobre o autor:**Catherine Ricaurt**

Doctora (PhD) por la Universidad de Alicante con las menciones honoríficas de “doctora internacional” y de excelencia “cum laude”. Actualmente es profesora e investigadora a tiempo completo de la Universidad San Francisco de Quito – USFQ; miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino – iLatina y vicepresidenta de la Sociedad Ecuatoriana de Filosofía del Derecho – SEFiDe. Es y ha sido profesora de argumentación jurídica, interpretación constitucional, razonamiento probatorio, clínicas jurídicas y metodología de la investigación jurídica en distintas universidades de Ecuador e Iberoamérica en programas de grado y de posgrado. Su producción académica más relevante se inserta en el campo de la argumentación jurídica. Contacto: cricaurte@usfq.edu.ec; catherine.ricaurte24@gmail.com
Universidad San Francisco de Quito

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5684-2798>

E-mail: catherine.ricaurte24@gmail.com