

¿HAZTE FAMA Y ÉCHATE A DORMIR? LA UTILIZACIÓN DE LAS CONDENAS PREVIAS DE LA PERSONA ACUSADA PARA PROBAR SU CULPABILIDAD EN UN PROCESO PENAL*

Bruno Bianco

Universidad de Buenos Aires

brunobianco@derecho.uba.ar

RESUMEN: Partiendo de lo que la cultura jurídica del common law ha denominado *character evidence*, el trabajo se propone analizar un tipo de prueba particular de dicha categoría: las condenas previas de la persona acusada como prueba de su culpabilidad en un proceso penal. El análisis se estructura a partir de los motivos epistémicos y no epistémicos para incluir o excluir este tipo de prueba. Desde allí, se aborda la relevancia de estas pruebas y, a su vez, se proponen determinados criterios con el objetivo de poder determinar cuándo una condena previa puede ser relevante y en qué medida. Asimismo, se aborda la cuestión vinculada a si este tipo de pruebas genera un perjuicio indebido. Por último, se ponen de relieve las discusiones morales con relación al principio de autonomía de la persona y la clásica sobre derecho penal de autor y derecho penal de acto.

PALABRAS CLAVE: Prueba de carácter; antecedentes; condenas previas; relevancia; perjuicio indebido; derecho penal de autor.

* Agradezco a Daniel González Lagier por el acompañamiento y por sus comentarios durante la realización de este trabajo, y a Marianela Delgado Nieves y Carmen Vázquez por las críticas y las observaciones efectuadas al integrar el tribunal —junto con González Lagier— que evaluó una versión previa de este artículo presentada como Trabajo Final del Máster en Razonamiento Probatorio de la Universidad de Girona. También deseo expresar mi gratitud por las recomendaciones, lecturas y críticas que desinteresadamente me han realizado durante este proceso mis destacados colegas y grandes amigos, Alan Limardo, Diana Veleda y Pablo Rovatti. Por último, deseo extender el agradecimiento a los dos dictaminadores/as anónimos/as cuyos comentarios han resultado de gran aporte.

GIVE A DOG A BAD NAME AND HANG HIM. THE USE OF PREVIOUS CONVICTIONS TO PROVE THE GUILT OF THE DEFENDANT IN CRIMINAL TRIAL

ABSTRACT: Based on what the legal culture of *common law* has called character evidence, the work aims to analyze a particular type of evidence that falls into that category: the previous convictions of the accused person as evidence of his guilt in a criminal process. The analysis is based on the epistemic and non-epistemic reasons for including or excluding this type of evidence. The relevance of this evidence is addressed and certain criteria are proposed with the aim of determining when a previous conviction may be relevant and to what extent. Also the question of whether this type of evidence generates a prejudice to the defendant is addressed. Finally, the moral discussions are highlighted in relation to the principle of autonomy and the offender-based criminal law.

KEYWORDS: character evidence; criminal records; relevance; prejudice; offender-based criminal law.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. ¿A QUÉ LLAMAMOS *CHARACTER EVIDENCE*?.— 3. RAZONES EPISTÉMICAS PARA INCLUIR O EXCLUIR LAS CONDENAS PREVIAS COMO PRUEBA DE LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA ACUSADA: 3.1. ¿Pueden ser relevantes las condenas previas de la persona acusada?; 3.2. Criterios de relevancia; 3.3. ¿Existe un riesgo de sobrevaloración de este tipo de pruebas?.— 4. RAZONES NO EPISTÉMICAS PARA EXCLUIR LAS CONDENAS PREVIAS COMO PRUEBA DE LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA ACUSADA: 4.1. El argumento basado en la dicotomía «derecho penal de autor» *vs.* «derecho penal de acto»; 4.2. La objeción en base al principio de autonomía; 4.3. La objeción en base al modelo de incentivos y el efecto negativo sobre la disuasión.— 5. CONCLUSIÓN.— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Juan se enfrenta a un proceso penal en el cual se le atribuye haber cometido un robo con un arma de fuego en un comercio de la zona en la que vive. De la denuncia del hecho surgió un dato peculiar: el ladrón ingresó al comercio con una máscara de Lionel Messi, lo que llamó la atención del dueño. Para el juicio, el fiscal propone como prueba un antecedente penal que Juan registra por un robo con un arma de fuego, a otro comercio de la zona. En aquella sentencia, se consideró probado que Juan había ingresado a robar en el comercio con una máscara de Diego Maradona.

Al mismo tiempo, Juan es acusado frente a otro tribunal por un hecho distinto. Esta vez, se investiga un abuso sexual ocurrido en la misma zona. El fiscal de este caso solicita que se incorporen los antecedentes condenatorios que registra Juan como prueba, que consisten, únicamente, en aquella condena por un robo con un arma de fuego cometido con la máscara de Diego Maradona.

Ambos tribunales tienen que resolver si debe admitirse el antecedente condenatorio de Juan como prueba de su culpabilidad. Para ello, deberán realizarse varias preguntas: ¿es la condena previa una prueba relevante?; si así lo fuese, ¿se trata de una prueba problemática, es decir, que pudiera dar lugar a confusiones por quien deba decidir el caso?; ¿existen razones no vinculadas a la averiguación de la verdad que conduzcan a excluir esta prueba? Estas preguntas —que, idealmente, deberían hacerse ambos tribunales— son las que buscaré analizar en este trabajo.

El objetivo de esta investigación es evaluar si existen obstáculos para utilizar las condenas previas como prueba de la culpabilidad de la persona acusada en el marco de un proceso penal¹. Esta cuestión ha sido abordada en profundidad en el ámbito del derecho anglosajón, dentro de lo que allí se ha denominado *character evidence*. A grandes rasgos, los estudios dedicados a la categoría *character evidence* buscan dar respuesta a la pregunta acerca de si debemos, o no, utilizar como prueba la información sobre el pasado de una persona. Si bien el tema comprende distintos tipos de información, en este trabajo buscaré analizar un tipo de conducta previa de la persona muy particular: la existencia de condenas previas. Mi interés se justifica en la circunstancia de que se trata de aquella porción de la categoría de *character evidence* que más debates genera, tanto en nuestra tradición jurídica² como en el ámbito del *common law*.

En primer lugar, me dedicaré a explicar a qué se ha denominado *character evidence* en la tradición del *common law* y ubicaré, dentro de esa categoría, el tema objeto de mi trabajo. Asimismo, buscaré demostrar por qué razones este tema merece una atención particular en nuestra cultura jurídica, como la ha recibido en los sistemas del *common law*, donde su estudio ha tenido un desarrollo robusto.

En tercer apartado, buscaré introducirme en las razones epistémicas para incluir o excluir este tipo de pruebas. Como ocurre con el resto de las pruebas, el primer filtro para evaluar su admisión al proceso es el de la relevancia. En consecuencia, me preguntaré si las condenas previas de una persona acusada son relevantes para probar su culpabilidad en un proceso penal. Adelanto que la respuesta a este interrogante no resulta sencilla ni uniforme. En otras palabras: este tipo de pruebas pueden resultar relevantes en mayor y en menor medida, llegando incluso a no serlo en algunas ocasiones. Esta situación abre la puerta a la necesidad de contar con criterios de relevancia que, entiendo, resultan fundamentales para analizar con mayor precisión las credenciales epistémicas de estas evidencias en cada caso concreto.

¹ Es necesario realizar dos aclaraciones previas. Cuando hablo de *utilizar* una prueba, me refiero a que dicho elemento sea utilizado como premisa en una inferencia probatoria (inferencia sobre la que volveré a lo largo del trabajo). Asimismo, cuando hablo de *culpabilidad* me refiero a la determinación de que la persona es culpable (o penalmente responsable) y no a la culpabilidad como estamento de la teoría del delito.

² Si bien este no ha sido un ámbito explorado teóricamente en nuestra cultura jurídica, la discusión práctica sobre la utilización de los antecedentes penales como prueba está presente constantemente. Sobre esto se volverá en el siguiente apartado.

Luego, analizaré si, aun habiendo arribado a la conclusión afirmativa sobre su relevancia, estas pruebas pueden resultar «problemáticas» o «peligrosas», en el sentido que existan otros motivos epistémicos para pensar en su exclusión, ya sea por existir un riesgo de sobrevaloración o un riesgo de disminución del estándar probatorio en función de una valoración moral sobre la persona acusada.

A continuación, me detendré a analizar si existen razones no epistémicas para excluir este tipo de pruebas del proceso (cuarto apartado). Aquí el análisis no versará sobre si las condenas previas pueden resultar relevantes para probar la culpabilidad de la persona acusada, sino que abordaré las discusiones existentes con relación a si, aun de considerarse relevantes, la utilización de las condenas previas como elemento de prueba puede ocasionar un perjuicio moral al acusado. Particularmente, me detendré sobre los dos argumentos más recurrentes que se erigen como objeciones morales a la utilización de este tipo de pruebas: aquel que sostiene que utilizar los antecedentes de la persona acusada resulta contrario al *derecho penal de acto* y, consecuentemente, responde a un *derecho penal de autor* y la objeción moral basada en que el uso de estas pruebas socava la autonomía del individuo y, por ende, su dignidad humana. Por última, exploraré el argumento que sostiene que estas pruebas deben ser excluidas debido a que socavan el poder disuasorio que supone la amenazada de pena en un proceso criminal.

2. ¿A QUÉ LLAMAMOS *CHARACTER EVIDENCE*?

Bajo el título *character evidence* en el ámbito del *common law* estudian las pruebas vinculadas con el carácter de la persona. Como primera aproximación —todavía de un modo demasiado general— puede afirmarse que se trata de un tipo de prueba que busca incorporar información sobre el comportamiento pasado de la persona para realizar distintas inferencias vinculadas a ella y a su comportamiento³.

Así, como primera medida, es prudente preguntarnos a qué llamamos carácter. Esta no es una pregunta fácil de responder. Anderson (2012) nos alerta que la respuesta no se encuentra en las reglas que regulan este tipo de pruebas⁴ ni en las decisiones de los tribunales sobre su admisibilidad (p. 1919). Lo primero que debemos advertir es que, como explica Redmayne (2015), en el lenguaje ordinario, este término suele estar reservado para hablar de *rasgos morales*, tales como «desinterés,

³ Estas pruebas suelen tener como objetivo fundar distintas inferencias sobre la persona acusada: (i) su propensión a delinquir; (ii) su credibilidad; (iii) la proyección de riesgos futuros vinculados al comportamiento que habrá de tener en el caso de acceder a una libertad anticipada o permanecer en libertad durante el proceso. Asimismo, esta información suele utilizarse para el juicio de cesura. Más allá de que este tema —denominado «sentencing» en el *common law*— quedará por fuera del desarrollo de este trabajo, oportunamente se explicará por qué, en la práctica de nuestra tradición jurídica, juega un rol fundamental.

⁴ El autor se refiere a las *Federal Rules of Evidence*, cuerpo normativo sobre el que está basado su artículo.

honestidad, valentía» o para hablar de *aspectos de la personalidad*, y hacer referencia a «una persona malhumorada, reservada o impulsiva» (p. 6).

Así, el interés sobre estos rasgos morales o de la personalidad fue abordado en primer término por otras ciencias como la psicología o la filosofía. Dicho interés giró en torno a que el carácter es visto, en ocasiones, como una fuente importante del comportamiento de las personas⁵. Bajo esa premisa, si podemos detectar ciertas cuestiones vinculadas con el carácter de la persona, entonces podremos inferir de qué forma habrá de comportarse⁶. Por ejemplo, si sabemos que Juan es una persona violenta, podemos concluir que Juan, habitualmente, se comporta de un modo violento.

Antes de avanzar, es necesaria una aclaración: sólo si consideramos que el comportamiento puede estar condicionado por el carácter y las situaciones y negamos que las personas se comportan según un libre arbitrio impredecible, podemos asignarle algún sentido a este tipo de prueba «predictivas» (Pundik, 2024, p. 3). Si, por el contrario, abonamos a la teoría de que las personas se comportan de un modo *necesariamente impredecible*, entonces poner el foco en sus comportamientos pasados o en los rasgos de su carácter carecería de sentido.

Dicho esto, como afirmé en el comienzo de este apartado, el carácter de las personas también despertó el interés del derecho probatorio. Esto se debe que, a través de la utilización de determinadas pruebas que aportan información sobre las personas, se busca probar la propensión de esa persona a comportarse de determinada manera. En palabras de Redmayne (2015), el derecho probatorio utiliza el término carácter

⁵ En el campo de la psicología se ha debatido, durante un largo período de tiempo, si el origen del comportamiento de las personas se explicaba a través de su carácter o si lo que realmente condicionaba al comportamiento eran las situaciones en las que las personas actuaban. Más allá de los contrapuntos sobre estas consideraciones, se ha arribado a un consenso en el entendimiento que tanto el carácter de la persona como las situaciones son importantes como fuente del comportamiento, transitando de este modo el camino desde la dicotomía «situacionismo vs. personalismo» hacia el «interaccionismo» (Redmayne 2015, pp. 10-16). Ahora bien, gracias a la agudeza conceptual de uno de los revisores anónimos de este trabajo, a quien agradezco especialmente por su gran aporte, creo que es necesaria una aclaración: Los *rasgos* a los que se hace referencia no son la repetición de ciertas conductas, sino que son indicadores de que una persona suele comportarse de determinada manera (lo dicho, son una de las fuentes del comportamiento). Podríamos trazar la siguiente analogía: cuando concurrimos al médico, este nos examina, observa los síntomas y elabora un diagnóstico. Si en 2020, el paciente se presenta con tos, dolor de garganta y pérdida de olfato, razonablemente el médico diagnosticará que posee el virus covid-19. Los síntomas no son la enfermedad, sino que son indicadores de que, probablemente, el paciente posee esa enfermedad.

⁶ Para Anderson (2012) «parece intuitivo que las personas tengan algo dentro llamado carácter, compuesto, a su vez, de ciertos rasgos. Y que estos rasgos influyen en la forma en que las personas se comportan». En ese sentido, aporta el siguiente ejemplo: «Si Sally tiene el rasgo característico de ser alguien altruista, entonces un observador podría creer que es menos probable que haya cometido un robo. Del mismo modo, si Bob tiene rasgos en su carácter de ser una persona violenta, ese mismo observador podría pensar que es más probable que haya cometido un delito violento». Así, concluye que, «de acuerdo con lo que demuestran estudios de la psicología, el carácter es fuertemente determinante de la conducta futura» (pp. 1915-1916).

«para referirse al comportamiento pasado y a la tendencia a comportarse de determinada manera» (p. 6)⁷. En conclusión, al derecho probatorio lo que le interesa es esa propensión del comportamiento. El carácter, en todo caso, puede aparecer como uno de los aspectos que determina al comportamiento.

Esta idea de propensión, introducida a través de estas pruebas, es utilizada para probar distintas cuestiones. Así, el testimonio de un excompañero de trabajo de Juan, que cuenta la cantidad de veces que este mintió en su trabajo, busca atacar la credibilidad de Juan y desestimar su descargo. Por otro lado, el informe que prueba que Juan, en un proceso anterior, se fugó una vez excarcelado, busca apoyar el dictado de una prisión cautelar en un nuevo proceso (*i.e.*, se presume que, si es excarcelado, entonces volverá a fugarse). En este contexto, el trabajo propone analizar la utilización de las condenas previas como prueba de la culpabilidad de la persona acusada: la utilización del antecedente de Juan para probar su propensión a delinquir y, en consecuencia, apoyar la idea de que es culpable del hecho que ahora se le imputa.

De esta manera, si bien resulta atendible la preocupación de Anderson (2012) respecto a obtener una definición precisa del término carácter, la idea de propensión explicada por Redmayne (2015) parece satisfacer conceptualmente el análisis que tiene lugar en el razonamiento probatorio.

Lo cierto es que este tipo de pruebas aparece constantemente en los procesos penales. Es común, como vimos en el ejemplo de la introducción, que la acusación busque incorporar al proceso los antecedentes condenatorios de Juan como prueba de su propensión delictiva, intentando demostrar que, en el hecho que ahora se le imputa, actuó de aquella manera. Ello, como adelanté, mereció la atención de los sistemas del *common law*, donde la reacción en contra de este tipo de pruebas no tardó en aparecer⁸. Esta reacción se apoyó, sobre todo, en la preocupación de que su incorporación generara un *perjuicio indebido* sobre el acusado. Este perjuicio podría derivarse de que los jurados, influenciados por el pasado criminal de la persona acusada: (i) otorgaran a ese elemento de juicio un valor mayor del que en verdad tiene; (ii) disminuyeran el estándar probatorio, generando así una mayor predisposición a condenar a esa persona⁹.

⁷ En el mismo sentido, Dennis (2013) afirma que «*character*», para el razonamiento probatorio, significa simplemente «la tendencia de una persona a comportarse de una forma particular». Y agrega que «[d]isposición o propensión son otros dos términos que pueden usarse en el mismo sentido» (p. 776).

⁸ Las detalladas regulaciones sobre *bad character* y *criminal record evidence* en principio vedan la utilización del carácter de la persona o las condenas previas que ésta registre, como prueba de su propensión delictiva. En este sentido, los arts. 99 y ss. del *Criminal Justice Act* del Reino Unido, prevén que dicha prueba será admisible solo en las excepciones que dispone; del mismo modo la regla 404 de las *Federal Rules of Evidence* de EE.UU, establecen en su inc. (a), apartado (1) la prohibición de utilizar estas pruebas para probar que «en una ocasión particular, la persona actuó de acuerdo ese carácter o rasgo».

⁹ Este tipo de reglas que regulan la exclusión de determinadas pruebas que, aunque consideradas relevantes, pueden resultar un obstáculo en la precisa determinación de los hechos, son aquellas denominadas reglas de exclusión intrínsecas (Damaska, 2015, pp. 31-33).

Sin embargo, ese fundamento (el del perjuicio indebido) no parece explicar de modo suficiente los motivos por los cuales, en nuestro medio —sistemas europeos continentales o en los sistemas latinoamericanos—, este tipo de inferencias probatorias también parecen estar vedadas¹⁰. Nuestros sistemas no cuentan con este tipo de regulaciones complejas de reglas probatorias características del *common law* y, al mismo tiempo, nuestra cultura jurídica resulta ajena a aquel balance que se pretende realizar entre el valor probatorio de un elemento de juicio y las distorsiones cognitivas que dicho elemento puede generar, como fundamento de inadmisibilidad (Damaška, 1994, p. 57). Pese a ello, insisto, también parece haber una opinión extendida entre los juristas de nuestro medio respecto a que la propensión a cometer delitos del acusado, inferida de las condenas previas, no es una razón válida para dar en apoyo a una sentencia condenatoria.

Spencer (2002) lo explica al poner de resalto que países como Italia, Francia y Alemania no tienen establecido un juicio de cesura. En consecuencia, tanto la evidencia vinculada con la culpabilidad del acusado como aquella que se incorpora exclusivamente para determinar la pena, son presentadas y oídas al mismo tiempo durante el debate. No obstante, el autor aclara:

aunque un tribunal criminal continental siempre conoce los antecedentes penales del acusado, eso no significa que por ello esté formalmente habilitado a emplear el hecho de que este tenga antecedentes como una de las razones que justifican la decisión condenatoria. Más allá de que esto no parece estar claramente establecido en ningún lado, los abogados continentales parecen asumir que, cuando se trata de explicar qué pruebas los convencieron, resulta inadecuado acudir a ese hecho como uno de los cuales condujeron a la condena, pero las cosas cambiarían si el hecho por el que recayó condena previa fuera muy similar a aquel por el que ahora se encuentra en juicio. (p. 616).

De este modo, si bien suelen admitirse los antecedentes del acusado como prueba para determinar la pena, existe cierto consenso respecto a que dicha prueba no puede ser utilizada para apoyar una sentencia condenatoria (Rovatti, 2024, p. 489). Es decir, pareciera que lo que actualmente ocurre es una prohibición tácita del uso de la inferencia que consiste en afirmar la propensión delictiva a través del comportamiento criminal previo.

De esta manera, pareciera, a priori, que el problema —en los sistemas europeos continentales y latinoamericanos— no está en la relevancia de estas pruebas ni en el potencial problema del perjuicio indebido. Entonces, ¿por qué existe cierta reticencia a contar con información sobre el pasado de la persona para apoyar la decisión sobre su culpabilidad? Si bien abordaré este tema con profundidad en el apartado número 4, cabe adelantar que la preocupación no es necesariamente epistémica, pues, si bien puede serlo cuando la generalización empleada es muy débil, lo cierto es que cuando esa generalización es lo suficientemente robusta, parece haber resistencia para su

¹⁰ Autores como Duff, Farmer, Marshall y Tadros (2007, p. 116) y Ho (2008, pp. 285-316) sostienen, justamente, que el fundamento epistémico del perjuicio indebido no alcanza a explicar, de un modo integral, qué es lo que se considera inapropiado en este tipo de inferencias.

empleo sobre la base de otros valores que el proceso busca resguardar y que entran en competencia con la averiguación de la verdad.

Apoyados en la noción de carácter que, como señala Redmayne (2015), suele adoptarse en el campo del razonamiento probatorio, el objetivo a continuación es detenerme en las razones epistémicas para incluir o excluir las condenas previas para probar la culpabilidad de la persona acusada.

3. RAZONES EPISTÉMICAS PARA INCLUIR O EXCLUIR LAS CONDENAS PREVIAS COMO PRUEBA DE LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA ACUSADA

Parado sobre la afirmación de que la averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria en el proceso judicial (Ferrer Beltrán, 2007, p. 31), analizaré si existen razones para creer que los antecedentes de la persona acusada pueden ayudar en ese objetivo. Se trata de evaluar si esta clase de pruebas pueden funcionar como razones epistémicas para sostener una conclusión vinculada con la ocurrencia de un hecho. Esto no es otra cosa que preguntarnos si las condenas previas son relevantes a la hora de decidir sobre la culpabilidad de la persona acusada.

A su vez, eso me llevará a considerar si existen razones de este tipo para excluir dichas pruebas.

3.1. ¿Pueden ser relevantes las condenas previas de la persona acusada?

A la hora de decidir si un elemento de juicio ingresa o no al proceso, lo primero que hacemos es preguntarnos si esa prueba es relevante. Ferrer Beltrán (2007) explica que:

[u]n primer filtro, de orden epistemológico, prescribe la admisión de toda prueba que aporte información relevante sobre los hechos que se juzgan. Una prueba es relevante si aporta apoyo o refutación de alguna de las hipótesis fácticas del caso a la luz de los principios generales de la lógica y de la ciencia. (p. 42).

En otras palabras, Dei Vecchi (2020) busca representar esta misma idea al afirmar que una prueba es relevante «si tenerla en cuenta cambia el estatus de justificación epistémica de la proposición en cuestión» (p. 35). Aquí, la proposición es aquella que afirma la culpabilidad de la persona acusada y la prueba es que la persona acusada registra una o varias condenas previas. En consecuencia, la pregunta es si la existencia de condenas previas hace más probable —cambia el estatus de justificación epistémica de— la proposición «Juan es culpable del hecho que se le imputa»¹¹.

¹¹ Esto puede ser esquematizado a través del esquema de razonamiento de Toulmin (2007, p. 141): la hipótesis es que la persona acusada cometió un delito; el elemento de juicio es la condena previa que registra; la garantía de la inferencia es que las personas con antecedentes condenatorios son más propensas a cometer delitos que aquellas que no registran condenas previas.

Una primera aproximación a esta cuestión puede provenir de cómo razonamos en nuestra vida cotidiana. Y lo cierto es que, en nuestro día a día, usamos el (comportamiento) pasado de las personas recurrentemente para elaborar inferencias o sacar conclusiones. Cuando espero a un amigo y él no llega a la hora pactada, pienso que habitualmente llega tarde, para de esa forma no concluir que se habrá olvidado de nuestro encuentro. Del mismo modo razona un adolescente cuando vuelve muy tarde a su casa e intenta no hacer ruido para que su padre no lo escuche, porque piensa en cómo reaccionó su padre todas las veces anteriores que llegó tarde a su casa. Pero, como advierte Redmayne (2015, p. 1), no solo razonamos de esta manera en cuestiones nimias o cotidianas, sino que también lo hacemos en circunstancias más formales o cuando hay cuestiones más importantes en juego. Por ejemplo, nos resulta de gran interés pensar en el pasado de un político a la hora de las elecciones, así como también solemos poner mucho énfasis en el currículum de una persona a la hora de evaluar su contratación para nuestra empresa.

Pareciera, entonces, que el comportamiento pasado de una persona suele ser relevante en nuestro razonamiento cotidiano, pero ¿podemos transpolar esta conclusión al contexto del proceso judicial? Existe cierto consenso en relación con la relevancia de este tipo de pruebas para probar la culpabilidad de las personas¹². Sin embargo, la justificación de esa relevancia es abordada desde distintos lugares.

Schauer (2022) sostiene que una posible respuesta a esta cuestión es preguntarse por qué alguien podría dudar de que el comportamiento pasado es una evidencia y, a menudo, una buena evidencia del comportamiento posterior (p. 206). Cuando el adolescente pensó que sería mejor que su padre no lo escuchara al llegar tarde a su casa, lo que hizo fue inferir que, si todas las veces que ocurrió esto su padre se enojó y lo regañó, entonces probablemente esta vez ocurriría lo mismo. Entonces, para quien tiene que decidir sobre la culpabilidad de Juan, el hecho de conocer que Juan robó anteriormente es relevante del mismo modo que lo es, para el adolescente, saber que su padre lo regañó cada vez que llegó tarde a su casa. En palabras de Schauer, parece difícil dudar de que el comportamiento pasado es un elemento de juicio relevante.

Dennis (2013) propone un camino alternativo para coincidir en la afirmación de que la prueba de carácter es relevante para probar la culpabilidad del acusado. El autor reflexiona acerca de que no solemos tener objeciones para aceptar que una prueba que introduce información positiva sobre la persona tiene valor probatorio. En esta dirección, afirma que:

esa prueba puede dar lugar a la inferencia de que es poco probable que el acusado haya cometido el delito que se le imputa porque es un ciudadano respetuoso de la ley, tal como lo demuestra su falta de antecedentes penales. (pp. 778-779).

¹² Cabe adelantar que, con distintos fundamentos, gran cantidad de autores afirman que este tipo de pruebas resultan, a priori, relevantes. En ese sentido: Duff *et al.* (2007); Redmayne (2002; 2015); Ho (2010); Dennis (2013); Spencer (2002); Schauer (2003); Roberts y Zuckerman (2010) entre otros.

En atención a esto, invita a considerar que un razonamiento en iguales términos sugeriría que, si el hecho de que una persona no tenga antecedentes hace menos probable su culpabilidad, la existencia de condenas previas puede hacer que su culpabilidad sea, entonces, más probable (Dennis, 2013, p. 780).

Ambos argumentos llevan a la misma conclusión: la prueba sobre el comportamiento pasado de las personas (representada, en este caso, por las condenas previas) resulta relevante para probar la culpabilidad de una persona. Sin embargo, considero que las respuestas de Schauer (2003) y Dennis (2013) merecen alguna reflexión¹³.

La afirmación de Schauer (2003) puede ser objeto de algunos señalamientos para evitar interpretaciones poco caritativas que den lugar a posturas irracionales. Es que la contundencia de su afirmación podría llevar a suponer que ninguna duda puede plantearse respecto a la posibilidad de que, en ocasiones, una condena previa resulte irrelevante para establecer la culpabilidad de la persona acusada. Y una postura en esos términos parece, al menos, aventurada. Pensemos el siguiente ejemplo: Pedro enfrenta un juicio en el que es acusado por un homicidio. Para probar su culpabilidad, el fiscal pretende incorporar al debate una condena que ha sufrido Pedro, hace quince años, por haber cometido una estafa informática. Más allá de que abordaré este tema en profundidad al proponer esquematizar ciertos criterios de relevancia, la postura categórica a la que podría dar lugar una interpretación apresurada de lo sostenido por Schauer parece aquí encontrar alguna resistencia, pues uno debería preguntarse seriamente si aquel antecedente de Pedro tiene algún valor para probar su participación en el homicidio del que se lo acusa.

El camino propuesto por Dennis (2013), por su parte, también requiere alguna aclaración. El argumento de la «simetría» parte de la premisa de que la ausencia de condenas hace menos probable la culpabilidad de la persona acusada (p. 780). Sin embargo, el salto hacia la conclusión de que, si eso es así, entonces el hecho de que una persona registre condenas previas hace más probable su culpabilidad, parece omitir la importancia de los criterios de relevancia. Cuando afirmamos la relevancia de una condena previa para probar la culpabilidad de una persona, tenemos en cuenta si se trata de un hecho similar; si se trata de un tipo de delito frecuente o uno poco frecuente; si se trata de una o varias condenas o cuánto tiempo pasó desde la última condena previa. Sin embargo, cuando consideramos que la ausencia de antecedentes hace menos probable la culpabilidad, no reparamos en ningún criterio de este tipo¹⁴. En ese sentido, la simetría planteada parece difícil de sostener.

¹³ Más allá de los argumentos aportados por ambos autores, hay una cuestión que no debe pasarse por alto a la hora de analizar la relevancia de este tipo de pruebas. Y esto es, preguntarse si las condenas previas tienen, o no, poder predictivo respecto de la conducta que se busca atribuir a la persona acusada. En otras palabras: para considerar relevante la prueba que se busca incluir, debe tenerse por cierto que existe una correlación entre el antecedente y la comisión reiterada de aquel comportamiento delictivo.

¹⁴ Si bien es cierto que se podría pensar en distintos criterios con relación a la afirmación de que la ausencia de condenas hace menos probable la culpabilidad de la persona acusada (*i.e.*: situación socioeconómica que atravesó la persona; grado de educación alcanzado; posibilidades laborales, etcétera)

Ahora bien, si buscamos trasladar los razonamientos que habitualmente utilizamos a diario —como el del adolescente que llega tarde a su casa o el amigo que habitualmente se demora— al contexto del juicio criminal, debemos tener en cuenta una diferencia significativa: en el juicio no buscamos establecer cómo una persona se comporta habitualmente sino que buscamos afirmar que la persona acusada se comportó de determinada manera (robó, mató, estafó, etc.) en un momento específico (circunstancia de tiempo y lugar del hecho que se le imputa). Redmayne (2015, pp. 14-15) advierte que esto puede resultar algo problemático si uno parte de las conclusiones a las que arribó, al respecto, la psicología¹⁵. Sin embargo, aclara, el contexto del juicio presenta algunas particularidades que permiten sortear esa inconveniencia mostrada por la psicología. La diferencia más importante está dada porque, en el proceso criminal, no se utiliza esta información sobre el pasado —expresada en una condena previa— como único elemento para determinar su culpabilidad, sino que, es de esperarse, existirán otras evidencias a tener en cuenta. En efecto, la condena previa es solo una de las partes de todo el universo de elementos de juicio que se valorarán para decidir el caso¹⁶. Es importante comprender esto: afirmar que las condenas previas son relevantes para probar la culpabilidad del acusado, de ningún modo significa que

lo cierto es que la inferencia que se realiza a través de la prueba de *good character* parece no reparar en el tipo de comportamiento que una persona habitualmente repite, si no en la idea del buen ciudadano que no infringe la ley. Dennis (2013) lo presenta en estos términos: «La evidencia del buen carácter del acusado puede tener relevancia para el tema de la culpabilidad de la siguiente manera. Puede arrojar una inferencia de que es poco probable que el acusado haya cometido el delito acusado porque es un ciudadano respetuoso de la ley, como lo demuestra la falta de antecedentes penales. El acusado puede tratar de argumentar que «no es el tipo de persona que hace este tipo de cosas»» (p. 778).

¹⁵ El autor explica que «el uso de condenas anteriores para demostrar la culpabilidad durante la etapa de investigación del juicio parece ser mucho más problemático. Lo que sucede es que estamos utilizando información sobre el comportamiento pasado para determinar lo que sucedió en una ocasión en particular: justo lo que la psicología social nos advirtió como problemático» (Redmayne, 2015, p. 14). Es que al abordar la discusión respecto a si el comportamiento está determinado por el carácter de la persona o por las situaciones en las que la persona se encuentra al actuar, distintos estudios psicológicos —como el de Mischel y Shoda citados por el autor— dan cuenta de que no es posible afirmar que una persona siempre se comporta de un modo agresivo, mientras que sí lo es afirmar que una persona *tiende a* comportarse de modo agresivo cuando se encuentra en determinada situación (Redmayne, 2015, p. 13).

¹⁶ Tener en cuenta este punto puede resultar de utilidad para responder habituales cuestionamientos a la utilización de este tipo de pruebas. En ocasiones, se objeta que «el hecho de que Juan haya robado anteriormente no quiere decir que Juan robó esta vez». Sobre esta cuestión, es importante destacar que en el presente artículo me encuentro trabajando en un escenario en el cual se plantea a la prueba de los antecedentes en un contexto probatorio más amplio, donde existan también otras evidencias. Me permito afirmar, aún sin contar con estudios empíricos que así lo afirmen, que es este el escenario más habitual en la realidad, es decir, un proceso en el que el conjunto de pruebas disponibles sea más amplio que la sola prueba del antecedente. No obstante, no es descabellado pensar en un caso en el que sea aquella la única prueba disponible. Más allá de que no es un terreno que me encuentro explorando (y que contará con otro tipo de problemas que exceden mi análisis) me permito sostener que no parece inconcebible que, en algunos casos con un antecedente tan relevante, la prueba única de aquel antecedente pudiera bastar para fundamentar una condena (véase el caso *Straffen*, al que me referiré oportunamente).

la existencia de una condena anterior alcanza para determinar que la persona acusada es culpable, sino que, como se sostuvo, significa que dicha prueba tiene la aptitud para aportar apoyo a la hipótesis fáctica del caso.

Superada la dificultad advertida por Redmayne (2015), debemos avanzar sobre el modo en que habitualmente estas pruebas son utilizadas en el marco del juicio criminal: a través de un análisis de propensión comparativa¹⁷. Como vimos al explorar *a qué llamamos character evidence* (apartado número 2), el interés del derecho probatorio está dado por la idea de que estas pruebas sirven para mostrar la propensión de la persona acusada a comportarse de determinada manera (*i.e.*, propensión a cometer delitos). Pero esta propensión, que busca extraerse del carácter de la persona manifestado en su comportamiento anterior, tiene relevancia en el contexto del juicio criminal en tanto se utilice como una propensión comparativa¹⁸. Esto resulta sencillo de comprender: si Juan tiene una condena previa, resulta más probable que Juan haya cometido el delito frente a la posibilidad de que lo haya cometido una persona sin antecedentes penales¹⁹.

La propensión comparativa funciona a través de la siguiente generalización: las personas con antecedentes criminales son más propensas a cometer delitos que aquellas personas que no tienen antecedentes. Pareciera que el respaldo de esta generalización²⁰, según la argumentación de Redmayne (2015), proviene tanto de estudios empíricos realizados en algunas partes del mundo como de algunos experimentos de la psicología²¹. Pero a la hora de analizar estos datos hay que tomar ciertas precau-

¹⁷ Redmayne (2015) da cuenta de ello al afirmar que «La idea básica es que si D tiene una condena reciente, entonces puede decirse que tiene una propensión comparativa a cometer delitos similares a aquel por el cual fue condenado: es más propenso a delinquir, que alguien que no tiene condenas previas» (p. 35).

¹⁸ La cuestión queda clara en palabras de Ho (2008): «La mayoría de la gente consideraría relevante que el acusado hubiera cometido anteriormente delitos del mismo tipo que el que ahora está siendo juzgado. Pensarían que, una persona con esos antecedentes, tiene más probabilidades que alguien sin estos antecedentes, de ser culpable del hecho por el cual se lo acusa actualmente» (p. 289).

¹⁹ Esta afirmación luego será profundizada. Sostendré que, para evaluar si efectivamente esa condena previa es apta para poner en evidencia la propensión, deben valorarse ciertos criterios de relevancia.

²⁰ Recordemos que, tal como referí en la nota 11, este trabajo parte de un razonamiento con la siguiente estructura: la hipótesis (o conclusión) es que Juan cometió el delito que se le reprocha; la premisa (o el elemento de juicio) es que Juan tiene determinados antecedentes penales; la generalización (en este caso, máxima de la experiencia) es que «las personas con antecedentes condenatorios son más propensas a cometer delitos». Ahora bien, las generalizaciones empíricas son utilizadas, en esquemas de razonamiento como el que aquí se propone como garantía de la inferencia probatoria. A su vez, las generalizaciones, que actúan como garantía, requieren de un respaldo. En el caso, como se afirma, el respaldo proviene de distintos estudios empíricos o científicos. Sobre este esquema de razonamientos: (González Lagier 2005, pp. 55-64; Toulmin, 2007, p. 141).

²¹ El autor utiliza datos estadísticos de distintos estudios empíricos que cita a lo largo de su desarrollo bajo el título «Recidivism and the Relevance of Previous Convictions» donde analiza una serie de datos a través de gráficos que intentan demostrar cuestiones vinculadas a la reincidencia; los tipos de delitos sobre lo cuáles se suele reincidir más; las edades en las que más se suele delinquir, etc. (Redmayne, 2015, pp. 16-24). Del mismo modo, afirma que de estudios de la psicología —entre los cuales destaca

ciones. Es que de la evidencia empírica que el propio autor utiliza también surgen datos tales como que la mayoría de las personas que cometen un delito no reinciden (Redmayne, 2015, p.17). Estos datos pueden llevar a confusión. Un conocido ejemplo de Schauer (2003) puede ayudarnos a comprenderlo. El autor afirma: «los bulldogs tienen problema de caderas». Sin embargo, aclara, cuando afirmamos eso «no queremos decir necesariamente que la mayoría de los bulldogs tienen problemas de caderas. Lo que queremos decir es que la categoría «bulldogs» tienen un mayor porcentaje de problemas de cadera que la categoría de perros en su conjunto» (p. 10). Este ejemplo puede servir para comprender la generalización empleada a través de la propensión comparativa y utilizar adecuadamente la información disponible: que la mayoría de las personas que cometen un delito no reincidan, no es lo importante a estos efectos. Lo importante es que, dentro de la población seleccionada, es más probable que cometa un delito una persona con antecedentes que una persona sin ellos.

Hasta aquí, he analizado distintos argumentos que afirman la relevancia de este tipo de pruebas. Sin embargo, como adelanté al comienzo de este trabajo y como señalé al momento de referirme a la argumentación de Schauer, afirmar que siempre la existencia de una condena anterior es relevante para probar la culpabilidad de una persona no resulta una afirmación precisa. El ejemplo de Pedro, condenado anteriormente por una estafa informática y juzgado ahora por un homicidio, pone de resalto tan solo una de las cuestiones que deberían tenerse en cuenta a la hora de evaluar la relevancia de estas pruebas, como, por ejemplo, que la condena anterior que busca incorporarse haya sido por hechos similares²² a los que ahora se juzgan. Sin embargo, este no es el único criterio que puede tenerse en cuenta a la hora de evaluar, con mayor precisión, si los antecedentes que se pretenden incorporar como prueba al proceso resultan relevantes para probar la culpabilidad de la persona acusada.

3.2 Criterios de relevancia

Antes de avanzar en el desarrollo de dichos criterios, creo necesario realizar una aclaración conceptual. Al momento de comenzar este apartado, hice referencia al concepto de relevancia basado en la aptitud de un elemento de juicio para modificar el estatus de justificación epistémica de una proposición. Ahora, a esa definición debe agregársele una cuestión: la relevancia es, además, una cuestión gradual²³. Si bien la pregunta so-

el de Ross y Nisbett— puede extraerse que «... la información sobre el comportamiento pasado puede ser una evidencia poderosa en un ejercicio comparativo» (Redmayne, 2015, p. 15)

²² La vaguedad de la noción de *similitud* hace necesario profundizar, en lo que aquí interesa, sobre a qué denominamos *hechos similares*. Esta cuestión será abordada a continuación al momento de abordar los criterios de relevancia.

²³ En esta línea, Dei Vecchi (2020) afirma que tanto la pertinencia como la relevancia son criterios graduales. En este sentido, explica que «Un elemento probatorio (i.e. una pieza de información, una proposición) que opera como razón epistémica justificativa en favor de una determinada proposición puede ser más o menos relevante de conformidad a *cuánto* apoyo brinde» (p. 36).

bre si una prueba es o no relevante lleva a una respuesta categórica (sí o no), cuando la respuesta es afirmativa se abre un nuevo nivel de análisis en el que podemos discutir sobre cuán relevante es un elemento de juicio para probar una proposición determinada (cuán relevante es la condena previa de Juan para probar la culpabilidad de Juan en el hecho que se le imputa). En este sentido, establecer ciertos criterios de relevancia ayudará a (i) definir si efectivamente la condena previa que se busca incorporar es relevante para probar la culpabilidad de la persona acusada en el hecho que se está investigando y (ii) qué grado de relevancia tiene, atendiendo a las circunstancias particulares del caso.

El criterio más utilizado, a estos efectos, es el de la *similitud* entre el hecho que mereció la condena previa y el hecho que ahora se investiga²⁴. Volvamos al ejemplo de la introducción: Juan afronta dos juicios en simultáneo. En el tribunal (a) se lo acusa por cometer un robo con un arma de fuego a un comercio, portando una máscara de Lionel Messi; mientras que en el tribunal (b) se lo acusa por un delito de abuso sexual. En ambos juicios, la acusación busca introducir como prueba el mismo antecedente de Juan, en el que fue condenado por haber cometido un robo a un comercio con un arma de fuego, portando una careta de Diego Maradona.

La diferencia es evidente. Mientras que en el caso (a), el hecho por el cual se condenó a Juan es un hecho *similar* al que ahora se le imputa, en el caso (b) ello no ocurre. Para entender la importancia de este criterio, es necesario recordar que lo que este tipo de pruebas busca demostrar es la propensión de la persona acusada a comportarse de determinada manera. En ese sentido, cuando la repetición es sobre un comportamiento *similar*, la inferencia parece más sólida²⁵. En otras palabras: saber que Juan, en el pasado, robó con un arma de fuego un comercio portando una máscara de un ídolo futbolístico, al igual que ocurrió en el hecho que ahora se le imputa, resulta sin dudas información relevante para probar la culpabilidad de Juan en este último hecho. Por el contrario, conocer el antecedente de Juan en un juicio que busca probar su culpabilidad en un abuso sexual parece más difícil. Ello no quiere decir que sea irrelevante, pues, como advirtió Redmayne (2015), la relevancia puede estar dada porque, más allá de que se trate de hechos distintos, el órgano decisor tenga razones para considerar que sigue siendo más probable que

²⁴ La razón de esta afirmación descansa en lo que vengo sosteniendo: la correlación entre el hecho anterior y el que ahora se juzga será mucho más estrecha si se trata de hechos similares (es decir, que demuestre comportamientos similares). Como veremos luego, la conexión entre un hecho que no encuentra similitudes con el hecho que ahora se reprocha tiene algunos problemas (es, cuanto menos, débil).

²⁵ Dennis (2013) explica que la probabilidad de culpabilidad de una persona puede aumentar a los ojos del decisor, si este toma conocimiento de que la persona acusada tiene una propensión a infringir la ley y, en lo que en este punto interesa, agrega: «más aún si la evidencia muestra una similitud entre el hecho anterior por el que fue condenado y el que ahora se le imputa» (2013, p. 780). Por su parte, Ho (2010) coincide en que este tipo de pruebas serán relevantes cuando se dirijan a probar si el acusado tiene una propensión a cometer delitos «del tipo del delito que ahora se lo acusa» (p. 287).

Juan haya cometido el delito que ahora se le imputa, a que lo hubiera cometido una persona sin antecedentes²⁶.

Ahora bien, determinar si un hecho es *similar* a otro no resulta una tarea sencilla. Retomando lo explicado en el primer apartado, las condenas previas son una categoría específica dentro de lo que es la utilización del pasado de una persona para poder establecer una propensión a cierta clase de comportamiento. Es decir, la condena previa es una muestra de que la persona, en base a su *carácter* e influenciada por determinadas *situaciones*, se comportó, en el pasado de determinada manera. Partiendo de esta premisa, pareciera que la *similitud* que torna (más) relevante un antecedente es aquella que está relacionada con una característica que se le atribuye a esa persona. Si la inferencia parte de que Juan es una persona violenta, una condena previa será (más) relevante si se trata de un hecho violento, más allá de que se trate de un robo, un homicidio o unas lesiones. En consecuencia, lo primero a lo que debemos atender es que la condena que se pretenda utilizar ponga en evidencia que, efectivamente, la persona acusada se comportó de acuerdo con las características que se le atribuyen. Si, en cambio, emparentásemos la *similitud* con un tipo de delito (por ejemplo, según su ubicación en el código penal: delitos contra la propiedad; delitos contra la vida; etc.), la inferencia que se pretendiera realizar podría requerir mayor cuidado a la hora de ser empleada. Pensemos el ejemplo de Juan con la siguiente variante: en el juicio en el que se acusa a Juan por el robo al comercio, la fiscalía busca introducir un antecedente en el que Juan fue condenado por robar una suma de dinero muy elevada, habiendo para ello hackeado una cuenta de criptomonedas. En este caso, lo que esa condena previa pone en evidencia es que Juan tiene altos conocimientos en seguridad informática y que tiene propensión a utilizar esos conocimientos para cometer delitos. La pretendida *similitud* entre ambos hechos (que se trata en ambos casos de un robo) no parece adecuada para robustecer la inferencia que busca presentar a aquella condena previa de Juan como una prueba de su propensión a comportarse de determinada manera.

Más allá de lo dicho, la utilización de la categoría de «tipos de delitos» para evaluar la similitud entre hechos del pasado con hechos que ahora se investigan es bastante recurrente. Lo que se intenta demostrar es un riesgo de propensión específico para determinados casos. Quizás la muestra más clara es lo que ocurre en las *Federal Rules of Evidence*, donde se estableció que, en los juicios por delitos sexuales, el principio general es la admisión de toda prueba tendiente a demostrar que la persona acusada cometió, en el pasado, un delito de este tipo²⁷. Partiendo de la idea de que quien comete delitos sexuales tiene una propensión específica a cometerlos, la infe-

²⁶ Sin embargo, veremos a continuación, la existencia de una condena previa, sin más información al respecto, nos lleva a realizar una inferencia demasiado débil. Es necesario, en efecto, achicar la clase de referencia para escapar a la tan heterogénea generalización de «una persona con antecedentes».

²⁷ La regla 413 de las Federal Rules of Evidence establece: «(a) USOS PERMITIDOS. En un caso penal en el que se le imputa a una persona una agresión sexual, el tribunal puede admitir pruebas de que el acusado cometió cualquier otra agresión sexual. La evidencia podrá ser considerada sobre cualquier asunto que sea relevante» (traducción propia). Cabe recordar que el principio general que se establece

rencia empleada en la regla referida considera suficiente hablar de la categoría «delitos sexuales» para dar por hecho la alegada *similitud*.

En conclusión, la utilización del criterio de *similitud* puede resultar de gran ayuda a la hora de evaluar el grado de relevancia que puede tener la prueba de las condenas previas para probar la culpabilidad de la persona acusada. Pero, para eso, debemos tener presente que dentro de lo que suele considerarse *hechos similares* tendremos, en un extremo, aquellos casos considerablemente infrecuentes que exhiben una característica muy particular por parte del autor de los delitos (*i.e.* Juan y la utilización de una máscara de Maradona y luego de Messi para cometer un robo a un comercio) y, en el otro extremo, casos que serán considerados *similares* en el sentido más general de la palabra (el de la categoría «tipo de delitos», donde distintos hechos son emparentados por el hecho de ser «delitos contra la propiedad»; «delitos contra vida»; etcétera). Mientras que, en el primer grupo de casos, el hecho de que exista una buena descripción que ponga en evidencia la contundente *similitud* entre el hecho previo y el que ahora se imputa, nos hace pensar que resultaría absurdo considerar esto una casualidad; en el segundo grupo de casos, la remisión genérica y la falta de especificidad en la *similitud* genera fuertes dudas sobre la solidez de la inferencia que se pretende realizar²⁸.

A su vez, esto puede tener una incidencia práctica fácil de identificar. Sería recomendable que, cuando quien decida sobre los hechos pretenda utilizar los antecedentes de la persona acusada para probar su culpabilidad y, en consecuencia, utilice en su argumentación esta idea de propensión fortalecida por la existencia de hechos similares, especifique lo más posible la clase de referencia. Del mismo modo, sería aconsejable que quien tuviera la intención de cuestionar el valor probatorio de la condena previa utilizada, en casos donde se ha utilizado una categoría de modo general, centrara su crítica en que la categoría utilizada es demasiado amplia o heterogénea²⁹ y que, en consecuencia, la generalización en la que se está apoyando la propensión puede resultar demasiado débil.

en esta regla para los delitos sexuales es opuesto al que se establece en la regla general 404 para el resto de los delitos.

²⁸ Siguiendo el ejemplo de Juan y el antecedente del robo a la cuenta de criptomonedas, pareciera que la alusión a «delitos contra la propiedad» o «robo» como condición suficiente de la *similitud* estaría, en este caso, emparentando un hecho violento, que pondría en evidencia la propensión de Juan a comportarse de forma violenta, con un hecho de gran sofisticación, que, como dije, mostraría la propensión de Juan a utilizar sus conocimientos en seguridad informática para cometer delitos. Así, la utilización de *similitud* como criterio de relevancia no sería efectiva a la hora de robustecer la inferencia que se pretende realizar.

²⁹ Esto es abordado adecuadamente por Dahlman (2017), quien sostiene que aquellas generalizaciones no-robustas son inaceptables. A su vez, explica que la robustez de una generalización mide la heterogeneidad de la clase de referencia (p. 85). En efecto, mientras menos heterogénea sea, más robusta será. Así, la generalización que afirma «la persona que tiene antecedentes tiene más probabilidades de volver a delinquir que quien no los tiene» puede ir robusteciéndose si le agregamos información del tipo: «la persona que tiene antecedentes por hechos violentos tiene más probabilidades de volver a cometer

Ahora bien, como sostuve, el criterio de *similitud* no es el único criterio que puede utilizarse para evaluar cuán relevante es la prueba de antecedentes que se busca incorporar al juicio. Otro de los criterios de relevancia, tiene que ver con el *tipo del delito* que se busca probar. No se trata ahora de establecer si existe una similitud entre los hechos, sino de diferenciar entre delitos «más frecuentes» y delitos «menos frecuentes»³⁰.

La razón de esta diferenciación puede ser presentada a través de la siguiente intuición que, veremos, parece correcta. Pensémoslo con un ejemplo: Javier afronta un juicio por robo y, en ese juicio, se incorpora como prueba una condena previa dictada en su contra, también por robo. Al mismo tiempo, Franco enfrenta un juicio por homicidio y, en dicho juicio, se incorpora como prueba un antecedente suyo por un homicidio. Intuitivamente, podríamos afirmar que la prueba en contra de Franco es más fuerte que la prueba en contra de Javier. Redmayne (2002, p. 692) coincide en que esta intuición es correcta y explica que su fundamento tiene que ver con que los homicidios (al igual que otro tipo de delitos, como los secuestros de niños) son hechos poco frecuentes. Esto quiere decir que, quien cometió un delito de homicidio, hizo algo que muy poca gente hace, cosa que no refleja el antecedente de alguien que robó³¹ (2002, p. 693).

En consecuencia, cuando se trate de delitos no tan frecuentes, la existencia de una condena previa por ese mismo hecho será especialmente relevante para probar la culpabilidad de la persona acusada. O, al menos, será más relevante que cuando se trate de delitos frecuentes.

Ahora bien, a lo largo del presente trabajo sostuve que la prueba de los antecedentes, cuando es utilizada para probar la culpabilidad de la persona acusada busca establecer la propensión de esta persona a comportarse de determinada manera. En esta dirección, un criterio que puede resultar de gran ayuda a la hora de robustecer la

un hecho violento»; o «la persona que tiene una condena reciente por un hecho violento tiene más probabilidades...». En este sentido, ver Rovatti (2024).

³⁰ Cabe en este sentido realizar una aclaración terminológica. Redmayne (2002) se refiere a delitos «graves» y delitos «comunes», dando por sabido que los delitos «graves» son los menos frecuentes y que los delitos «comunes» son los que ocurren con más frecuencia. Así, un robo sería, en los términos de Redmayne un delito «común» y un homicidio sería un delito «grave». Dicho esto, considero que la referencia a delitos «más frecuentes» o «menos frecuentes» resulta más clara en nuestro idioma y expresa mejor lo que quiero significar.

³¹ Aquí se observa claramente una cuestión que sostuve anteriormente: la inferencia que utiliza una condena previa para probar la culpabilidad de la persona acusada, a diferencia de aquella que intenta determinar la probabilidad de que una persona vuelva a delinquir (*i.e.* cuando se decide sobre una libertad anticipada), busca determinar que la persona se comportó de determinada manera en un momento específico. De esta forma, el dato relevante no es que sea más probable que alguien que robó, vuelva a robar, frente a la probabilidad de que alguien que mató, vuelva a matar; sino que lo que interesa es que es mucho más probable que quien tiene un antecedente por homicidio haya cometido el asesinato que se investiga, que quien tiene una condena por robo haya cometido el robo que ahora se le imputa (Redmayne, 2002, p. 693).

existencia de esa propensión es la *cantidad* de condenas previas que registra la persona acusada. Si al introducir como prueba su registro de antecedentes, nos encontramos con que resultó condenado en cinco oportunidades, entonces su propensión a delinquir estará más probada que si de su registro surgiese una sola condena³².

En este sentido, Redmayne (2015) sostiene que para analizar el valor de las condenas es necesario ubicar esta información dentro del contexto conformado por la «trayectoria criminal» de la persona. De este modo, las probabilidades de que alguien que delinquiró vuelva a cometer otro delito aumentan a medida que aumenta el número de condenas previas³³ (p. 27).

Pero el contexto al que se refiere el autor no se limita a la cantidad de condenas, sino que abarca otros factores a los que hay que atender y que pueden establecerse, al igual que los anteriores, como criterios de relevancia de la prueba de las condenas previas. De esta forma, *el tiempo transcurrido* entre la última condena y el hecho que ahora se investiga puede resultar un factor determinante a la hora de evaluar cuán relevante es la existencia de los antecedentes de la persona acusada. En palabras de Redmayne (2015): «Las condenas recientes pueden tener un valor probatorio considerable, pero ese valor se va desvaneciendo mientras más grande sea la brecha entre la sentencia anterior y el hecho que ahora se le imputa» (p. 27). Esto ha llevado a importantes criminólogos como Soothil y Francis (citado por Redmayne, 2015) a preguntarse, incluso, si a medida que transcurre el tiempo desde la última condena, llega un punto en el que la incidencia de esta es igual a cero. En otras palabras: ¿corresponde establecer un plazo que, transcurrido, ya no valga la pena tener en cuenta aquella condena anterior? Los autores llegan a la conclusión de que, a efectos de «hacer borrón y cuenta nueva», el período de diez años es un buen período³⁴.

Dicho esto, existe una cuestión más que creo importante resaltar con relación a este último criterio y que pone en evidencia que los criterios de relevancia aquí señalados no resultan independientes ni excluyentes uno del otro. Referí anteriormente la importancia de distinguir entre delitos «más frecuentes» o «menos frecuentes». Esta distinción vuelve a tomar protagonismo a la hora de analizar el tiempo transcurrido

³² De hecho, uno podría afirmar que, si la persona acusada contara con una única condena previa en su registro de antecedentes, entonces no existiría tal propensión a delinquir (más allá de que este argumento podría ser confrontado con el de propensión comparativa antes abordado. Pues, también podría decirse que resulta más probable que fuera culpable que cuenta con algún antecedente que alguien que no cuenta con ninguno).

³³ Esta afirmación de Redmayne se encuentra respaldada por estudios empíricos realizados sobre la base de información aportada por Cambridge Study in Delinquent Development (CSDD) (2015: 29).

³⁴ Soothil y Francis estudian esta cuestión en un informe titulado «*When Do Ex-Offenders Become Like Non-Offenders*», citado por Redmayne para abordar el estudio del paso del tiempo desde la condena previa al hecho que ahora se pretende juzgar (2015, pp. 26-28). Resulta interesante observar como la conclusión a la que llegan los autores, respecto al plazo de diez años, coincide, por ejemplo, con el tiempo que el legislador argentino estableció para fijar la caducidad registral de una sentencia condenatoria (art. 51. 2 del Código Penal Argentino).

entre el antecedente que se pretende utilizar y el hecho que se encuentra siendo juzgado. En el caso de los delitos «menos frecuentes», el riesgo tarda más en disminuir que en los delitos «comunes». Es decir, el riesgo de volver a cometer un delito «grave» o «menos frecuente» es más resistente al paso del tiempo, que lo que ocurre con los delitos «más frecuentes»³⁵.

La conclusión es evidente: mientras más reciente sea la condena previa que se pretende utilizar, mayor relevancia tendrá para probar la propensión de la persona acusada a cometer ese tipo de delitos. Asimismo, si el tiempo que transcurre es un plazo demasiado extenso (Soothil y Francis, así como distintas legislaciones, proponen el plazo de diez años), la condena previa podría llegar a ser, incluso, irrelevante.

En conclusión, a la hora de responder a si las condenas previas son relevantes para probar la culpabilidad de una persona, resulta aconsejable tener en consideración distintos aspectos que nos acerquen a una respuesta más precisa. Los criterios de relevancia aquí referidos pueden resultar de gran ayuda en ese sentido. La similitud entre los hechos, el tipo de delito del que se trata, la cantidad de condenas previas que posee la persona acusada y el tiempo transcurrido desde la última condena son solo algunos de los criterios que, insisto, deberían estar sobre la mesa a la hora de afirmar la relevancia de este tipo de pruebas y a la hora de resolver su incorporación o exclusión al proceso³⁶.

3.3. ¿Existe un riesgo de sobrevaloración de este tipo de pruebas?

En ocasiones, determinadas pruebas consideradas relevantes pueden ser excluidas del proceso por cuestiones que no estén vinculadas, estrictamente, con la búsqueda de la verdad. Es decir, más allá de que el elemento de juicio que se busca incorporar al proceso sea relevante para probar los hechos, puede ocurrir que su inclusión, en vez de favorecer a la averiguación de la verdad, resulte un obstáculo para lograr ese objetivo³⁷.

³⁵ Redmayne (2015) analiza esta situación a través de un estudio realizado por Howard (2010), quien explica que los peligros de volver a delinquir siempre son más altos en los primeros meses posteriores a la condena, pero en algunos casos el riesgo es más persistente que en otros. En los casos de delitos violentos o sexuales, el riesgo de reincidir es más persistente que en aquellos hechos no violentos, justamente porque se trata de delitos que ocurren con menos frecuencia (p. 26; 27)

³⁶ En otras palabras: «Por supuesto que las condenas anteriores de un acusado son solo un antecedente. No dicen si ha cometido el delito del que está siendo acusado en este caso. Lo que realmente importa es la información que hemos escuchado con relación a aquel hecho que mereció su condena previa», *Campbell v R* [2007] 2 Cr App Rep 28, [44], Lord Phillips CJ. citado en Hunter (2016, p. 162).

³⁷ Son aquellos casos en los que se suele hablar de una «doble pérdida». Ello tiene que ver con que, si se excluye el elemento de juicio, se pierde un elemento relevante y, si se lo incluye, existe el riesgo de que sea sobrevalorado. En este sentido, Roberts y Zuckerman (2010) ponen de resalto que ello no debería sorprendernos debido a que todas las reglas que tienen como objeto excluir determinadas pruebas, se aplican a pruebas relevantes. (p. 73).

En el contexto de las pruebas constituidas por los antecedentes de la persona acusada, este tema ha merecido especial atención, sobre todo por parte de los sistemas del *common law*. Como afirmé en el segundo apartado de este trabajo, la reacción contra la inclusión de este tipo de pruebas no estuvo guiada por la negación de su relevancia, sino porque, incorporada al proceso, pudiera generar un *perjuicio indebido* contra la persona acusada. Ese perjuicio, que podría dar lugar a la exclusión de la prueba, puede aparecer, según sostiene la doctrina del *common law*, como un «perjuicio de razonamiento», cuando quien decide sobre los hechos le otorga demasiado peso a la prueba, o como un «perjuicio moral», cuando, habiendo tomado conocimiento de los antecedentes, el decisor reduce el estándar probatorio encontrándose dispuesto a condenar a la persona acusada aun cuando no esté convencido de su culpabilidad más allá de toda duda razonable (Redmayne, 2015, p. 34; Anderson, 2012, p. 1917; Ho, 2010, p. 285; Dennis, 2013, p. 782; Schauer, 2022, p. 210; entre otros).

La preocupación sobre el excesivo valor que pudiera otorgar el juzgador a un elemento de juicio (en este caso, una condena previa) es algo habitual en los sistemas del *common law* y, particularmente, en los sistemas de juicio por jurados³⁸. Esta idea ha motivado distintas reglas de exclusión sobre las denominadas *pruebas problemáticas*. Los ejemplos más habituales son el de la regla *hearsay*³⁹ o el tratamiento que ha recibido el silencio del acusado⁴⁰. Sin embargo, con la prueba de las condenas previas ocurre algo singular. Mientras que en los casos recién destacados la dificultad o el temor está en el peso que los jurados puedan otorgarles (sin tomarse en serio el peligro de este tipo de pruebas), en el caso de los antecedentes se agrega la preocupación de que los jurados consideren al acusado un mal ciudadano y ello afecte su decisión a un nivel no tan consciente (Redmayne, 2015, p. 33), produciendo de este modo la

³⁸ Suele ponerse de resalto la contradicción de que, en aquellos sistemas, se confía en los jurados lo suficiente como para estructurar un sistema en el que sean éstos quienes decidan sobre la culpabilidad de una persona, pero, al mismo tiempo, el sistema se resiste a confiar en que los jurados pueden evaluar adecuadamente ciertos tipos de prueba, para los que, incluso, se podrá advertir a los jurados que analicen dicha prueba cuidadosamente. (Redmayne, 2015, p. 34).

³⁹ Rovatti (2020) pone de manifiesto la discusión que suele darse al momento de decidir sobre la admisibilidad de la prueba *hearsay*. En lo que aquí interesa, el autor deja en claro que algunas de las habituales en el *common law*, para establecer una regla de inadmisión general —aunque sujeta a un montón de excepciones—, es el temor de que los jurados pudieran sobrevalorarla y la imposibilidad de conocer esta sobrevaloración, a posteriori, debido a que los veredictos son inmotivados.

⁴⁰ En su trabajo sobre el silencio del acusado, Laudan (2013) aborda distintas discusiones respecto a la posibilidad de valorar el silencio. Si bien la postura del autor es clara, en cuanto a que el silencio resulta relevante y debe ser incorporado al proceso, del trabajo pueden extraerse argumentos en ambos sentidos. En cuanto a lo que aquí interesa, resulta interesante el argumento según el cual «los tribunales deberían restringir las inferencias desfavorables que se hacen de la negativa del acusado a declarar, puesto que tales inferencias podrían ser falsas o inválidas. Hay dos formas en las que se puede entender esta pretensión. Una de ellas es que la decisión del acusado de permanecer en silencio es totalmente irrelevante respecto a su culpabilidad o inocencia. La otra, asume la relevancia del silencio del acusado, pero supone que los jurados —si no se les impidiese hacer inferencias a partir de este— podrían otorgarle más peso del que razonablemente puede merecer» (p. 222).

reducción del estándar y, como se dijo anteriormente, un perjuicio moral indebido para la persona acusada.

Ante a este temor, las reglas que regulan las pruebas de los antecedentes reaccionaron intentando limitar, en mayor medida, su utilización. Schauer (2022) lo explica con claridad:

aunque los actos pasados parecen tener algún valor como evidencia de un comportamiento posterior, lo que preocupa es que los jueces y los jurados sobrevaloren estos actos pasados». Como consecuencia de ello, «temiendo que los miembros del jurado e incluso los jueces tomen los actos pasados como prueba concluyente del comportamiento presente, [el sistema] excluye el uso de esos actos pasados como evidencia. Es mejor dar muy poco valor a esos actos del pasado, dice la ley, que permitir que los jueces y miembros del jurado les den demasiado valor. (p. 210).

Sin embargo, lo cierto es que algunos cuerpos normativos (como las *Federal Rules of Evidence* o el *Criminal Justice Act 2003*) han ido abriendo cada vez más las puertas a excepciones para admitir dichas pruebas⁴¹. Hunter (2016) trae a colación un importante precedente que resume con contundencia esta tendencia. Allí, se afirmó:

en los viejos tiempos, a los jurados no se les solía contar las condenas anteriores que registraba una persona acusada. Esto se debió al temor de que dicha información generara un perjuicio indebido en contra del acusado y que los jurados le dieran más valor del que merecía la prueba de sus antecedentes. Hoy en día, tales pruebas suelen admitirse porque un jurado, comprensiblemente, quiere saber si lo que se alega que el acusado ha hecho resulta algo fuera de lo habitual, o si se ha comportado de una manera similar antes. (p. 163)⁴².

En síntesis, de lo dicho se observa una clara tensión entre la importancia que puede tener una condena previa como prueba de la culpabilidad y el perjuicio (indebido) que su inclusión al proceso puede generar en la persona acusada. En este sentido, si bien como marqué anteriormente ciertas legislaciones transitan el camino desde una regla de exclusión rígida hacia una apertura cada vez más prominente, la convivencia de ambos criterios se observa con mayor claridad en el derecho consuetudinario. Siguiendo el caso del Reino Unido, Ho (2010) trae a colación el precedente *DPP v P* de la Cámara de los Lores, en el que se explicita el *test* al que debe someterse la prueba de los antecedentes para decidir su admisibilidad. Allí, se afirmó que la prueba será admitida solo si:

su fuerza probatoria, en apoyo a la hipótesis que sostiene la culpabilidad del acusado, es lo suficientemente grande como para admitir la prueba, a pesar del perjuicio que pudiera generar en el acusado al demostrar que fue declarado culpable por otro delito (p. 285)⁴³.

⁴¹ Vale la pena hacer una aclaración. Si bien, como referí, legislaciones como las señaladas han ido evolucionando hacia una regulación más abierta respecto a la introducción de estas pruebas, su espíritu restrictivo sigue presente. Así, por ejemplo, el *Criminal Justice Act 2003* establece en su art. 101 (1) que «En los procedimientos penales, la prueba negativa sobre el carácter del acusado será admisible si, solo si...», luego de lo cual establece supuestos desde la (a) a la (g).

⁴² El precedente al que se hace alusión es «Campbell v R [2007] 2 Cr App Rep 28, [44], Lord Phillips CJ» citado en Hunter (2016, p. 163).

⁴³ No puedo soslayar que, en el ámbito normativo, las Federal Rules of Evidence de EE.UU., en su art. 403 sostienen la posibilidad de excluir pruebas relevantes si su valor probatorio se ve sustancialmente superado por el peligro de un perjuicio indebido (entre otros supuestos).

Si bien la solución presenta algunos grises⁴⁴, creo que los criterios de relevancia marcados anteriormente pueden resultar de gran ayuda a la hora de medir la fuerza probatoria que el *test* requiere. Si la condena anterior que busca incorporarse muestra que la persona acusada ha realizado un hecho de gran *similitud* con el que ahora se le imputa, o si muestra que ha sido condenado por un hecho *grave* o *poco habitual* o si la persona acusada registra *varias* condenas *recientes*, parecería ser que el perjuicio indebido que pudiera causar la admisión de sus antecedentes como prueba debería ser realmente poderoso como para que resulte razonable excluir esta prueba del proceso. En sentido contrario, si se tratara de una condena por un hecho que nada tiene que ver con el que ahora se investiga, o si la persona hubiese tenido una sola condena o si hubiesen pasado muchos años de aquella, entonces quizás el perjuicio que pudiera causar su admisión tornara razonable excluirla del proceso.

Ahora bien, retomando lo expresado en el segundo apartado de este trabajo, no puede soslayarse que en nuestro medio (sistemas continentales europeos y latinoamericanos) este no es un tema que presente discusión. Por un lado, porque no contamos con cuerpos legislativos complejos que regulen la evidencia y, por el otro, porque el riesgo de sobrevaloración de pruebas como la de los antecedentes se presume neutralizado por la obligación que tienen los tribunales de exponer las razones de sus decisiones. En este sentido, la exigencia de la motivación supone la obligación de exteriorizar los motivos de la decisión. Y si de su fundamentación surgiese que se le otorgó más peso al antecedente del que debió otorgársele, entonces quien resulte agraviado por la decisión podrá criticar la fundamentación a través del remedio procesal idóneo en cada caso⁴⁵. Como sugerí al final del apartado precedente, los criterios de relevancia abordados pueden resultar de gran utilidad a la hora de criticar la utilización de este tipo de pruebas.

No obstante, tal como refirió Spencer (2002, p. 616), en sistemas como el nuestro, si bien la prueba de los antecedentes siempre es conocida por el tribunal, se supone que su utilización está destinada a establecer qué pena debe imponerse. Ello no significa que esté formalmente habilitado a utilizar los antecedentes como una de las razones que justifican la condena. La razón de esta prohibición —tácita— será abordada en el próximo apartado, al tratar las razones no epistémicas que pueden fundamentar la exclusión de estas pruebas.

⁴⁴ Redmayne (2015), al analizar el *test* vigente a raíz del precedente citado, sostiene que ello solo puede resultar viable si se trata de medir el valor de la prueba vs. el perjuicio de razonamiento (aquel que supone una sobrevaloración de la prueba de los antecedentes), dado que ambos están emparentados con la búsqueda de la verdad. Ahora bien, si lo que se busca medir es la prueba vs. el perjuicio moral (aquel que supone la reducción del estándar por considerar a la persona acusada como un mal ciudadano), ello resultaría mucho más difícil toda vez que resultan dos valores difíciles de comparar (p. 66).

⁴⁵ Sobre el control que pudiese realizarse sobre las inferencias en la etapa recursiva, Limardo (2025), explicando la tesis de la intermediación débil, afirma que «los tribunales de juicio pueden formular inferencias probatorias, pero los tribunales de revisión pueden controlar esas inferencias, siempre y cuando puedan también percibir la información que tuvo a su alcance el tribunal de juicio y, a su vez, puedan conocer el razonamiento inferencial que se efectuó en la sentencia» (p. 123; 124).

4. RAZONES NO EPISTÉMICAS PARA EXCLUIR LAS CONDENAS PREVIAS COMO PRUEBA DE LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA ACUSADA

En el apartado anterior, analicé las razones epistémicas para incluir o excluir las condenas previas como prueba de la culpabilidad de la persona acusada. Hablar de razones epistémicas significa, *grosso modo*, hablar de razones vinculadas con la búsqueda de la verdad. Pero existen otro tipo de razones que pueden dar lugar a la exclusión de una prueba, incluso cuando esta resulte relevante para la averiguación de la verdad. Se trata de razones motivadas por otros valores o principios distintos al de la averiguación de la verdad que, en ocasiones, el derecho busca resguardar aun cuando ello signifique un sacrificio epistémico⁴⁶.

En lo que sigue, buscaré abordar algunos de los argumentos que se han sostenido desde la doctrina en este sentido y que han sido denominados, mayormente, como fundamentos éticos (Redmayne, 2015, pp. 64-90) o restricciones morales (Ho, 2010, pp. 294-298). Además, me detendré a analizar el argumento que sostiene que, admitir este tipo de pruebas, socava el poder de disuasión del derecho penal (Sanchirico, 2001, pp. 1274-1275; Redmayne, 2015, p. 41).

Antes de adentrarme en dichos fundamentos, es precisa una aclaración. Los juicios penales no tienen como único objetivo realizar una investigación precisa. Es ampliamente aceptado que los juicios tienen, también, una dimensión moral. Prácticas como excluir las pruebas obtenidas de forma ilícita o respetar el derecho contra la autoincriminación encuentran fundamento en su contribución a valores que hacen a la justicia del proceso y no, particularmente, a la precisión en la determinación de los hechos⁴⁷ (Redmayne, 2015, p. 64). En base a esto, lo que se busca determinar a través de los fundamentos que habré de analizar es si la utilización de los antecedentes para probar la culpabilidad de la persona acusada «puede socavar el debido proceso o, en otras palabras, si es moralmente problemática» (Redmayne, 2015, p. 65).

4.1. El argumento basado en la dicotomía «derecho penal de autor» vs. «derecho penal de acto»

Un primer argumento parte de la recurrente defensa del *derecho penal de acto*, en contraposición al *derecho penal de autor*. Suele afirmarse que el derecho penal debe

⁴⁶ Este tipo de reglas son las que Damaška (2015, p. 30) denomina reglas extrínsecas de exclusión de la prueba.

⁴⁷ Al mismo tiempo, el argumento que sostiene que la inclusión de estas pruebas socavan la disuasión constituida por la amenaza del castigo, responde a un modelo planteado por Sanchirico según el cual, el proceso penal está orientado a dar forma a los incentivos dirigidos a los potenciales autores de delitos. En este sentido, ver Sanchirico (2001).

estructurar su proceso en dirección a juzgar *actos* prohibidos por la ley, evitando centrar su atención en las *personas*. Así, se ha dicho en sentido crítico que:

en muchos ordenamientos las personas resultan culpabilizadas por su modo de ser —brujas, ebrios, anarquistas, subversivos, maleantes, enemigos del pueblo, peligrosos, sospechosos, etc.— y no por su modo de actuar. Este mecanismo punitivo, más constitutivo que regulador, entra en contradicción con la garantía de culpabilidad [...] Se entiende que, en un sistema garantista así configurado, no tienen sitio ni la categoría peligrosidad ni cualquier otra tipología subjetiva o de autor elaboradas por la criminología antropológica o eticista, tales como la capacidad criminal, la reincidencia, la tendencia a delinquir, la inmoralidad o la deslealtad. (Ferraoli, 1995, p. 500).

De lo dicho por el autor se colige —en lo que aquí importa— que la tendencia a delinquir (abordada aquí como propensión) resulta un elemento indeseable a tener en cuenta al momento de juzgar un hecho ya que opera en detrimento de una de las garantías que estructuran el derecho penal liberal como lo es el principio de culpabilidad.

Por su parte, Ho (2010) explica que, dada la importancia moral que tiene una condena, la atribución de responsabilidad penal tiene que estar sujeta a ciertas restricciones morales. En ese camino, sostiene que una de las restricciones más habituales se basa en que:

el acusado debe ser juzgado específicamente por su responsabilidad en el acto que la fiscalía le imputa haber cometido; no es el objetivo del juicio juzgarlo de un modo general por la persona que es o por la vida que ha vivido. (p. 295).

En definitiva, esta restricción moral descansa en que «[u]n acusado debe ser juzgado por lo que hizo, no por lo que es» (Ho, 2010, p. 296).

El argumento parece claro: basarse en consideraciones respecto a la persona acusada, para determinar su culpabilidad en el hecho, resulta ajeno al interés del proceso penal, que se encarga de perseguir actos y no personas y, a su vez, socava la idea de un juicio guiado por el debido proceso. Las palabras de Gross, en esta dirección, ayudarán a dejar claro el sentido de esta argumentación. El autor, citado por Ho (2010, p. 296), afirma que:

La justicia penal exige que determinemos la culpabilidad de la conducta de una persona, no la culpabilidad de una persona... Los juicios a veces se hacen sobre lo que es una persona en lugar de sobre lo que una persona ha hecho. En ocasiones, se arriba a una conclusión sobre él basada en lo que ha hecho en el pasado. Otras veces, se llega a una conclusión sobre él basada en cierta conducta en la que se ha involucrado y que se supone que es representativa de lo que está dispuesto a hacer... Al determinar la responsabilidad penal, la ley penal debería limita su preocupación a la culpabilidad de una conducta específica que, se alega, constituye un delito. El resto de los asuntos resultan completamente fuera de los límites.

Esta argumentación suele ser la más recurrente en los sistemas europeos continentales y latinoamericanos, a la hora de buscar prohibir las inferencias apoyadas en las condenas previas para probar la culpabilidad de la persona acusada. Como vimos anteriormente, si bien este tipo de pruebas suele estar presente al momento del juicio, eso se debe a que en los procesos penales de estos sistemas no se encuentra

previsto un juicio de cesura por fuera de lo que es el juicio de culpabilidad (Spencer, 2002, p. 616). Sin embargo, su presencia no significa que su utilización para fundar la culpabilidad de la persona acusada sea aceptada.

No obstante, esto que parece concluyente, no lo es tanto. Este argumento, como el resto de los argumentos éticos o morales, parece perder terreno cuando la condena previa que se busca incorporar presenta serios rasgos de similitud⁴⁸ con el hecho que se le está imputando a la persona acusada. Esto, que ya advertía Spencer (2002) al referir que la situación vinculada a la resistencia en nuestra cultura jurídica a utilizar estas pruebas para probar la culpabilidad cambiaría si «el hecho por el que recayó condena previa fuera muy similar a aquel por el que ahora se encuentra en juicio» (p. 616) parece ir en línea con una postura más racional. Volvamos al ejemplo de Juan: el tribunal que lo juzga por un robo cometido con un arma de fuego a un comercio, en el cual el autor utilizó una máscara de Lionel Messi, debe resolver si admite como prueba la condena previa que registra Juan, en la cual se lo encontró culpable de un robo con un arma de fuego a un comercio utilizando una máscara de Diego Maradona. En un caso como el que aquí planteo, donde los hechos presentan una similitud tan concreta y tan poco habitual (¿cuántos robos, con arma de fuego, a comercios de la misma zona, son realizados por alguien que porta máscara de un ídolo futbolístico?), la objeción moral basada en la afectación a la garantía constitucional de culpabilidad o el derecho penal de acto podría ser dejada de lado o, en palabras de Redmayne (2015), admitir una excepción. El autor sostiene que, si hay una objeción ética a la utilización de estas pruebas, probablemente tenga que permitir excepciones. Para explicar su afirmación, trae a colación el conocido caso *Straffen*⁴⁹.

En dicho caso, *Straffen* registraba condenas previas por asesinar mujeres jóvenes a través de estrangulamiento. Los ataques que realizaba no habían sido sexuales y tampoco había intentado ocultar el cuerpo de las víctimas. Cuando —en aquella época— un cuerpo estrangulado, sin rastros de violencia sexual y sin haber sido oculto, apareció cerca del lugar donde Straffen acababa de escapar de prisión, él fue acusado como autor de este último homicidio, y las condenas previas que había recibido resultaron una de las pruebas fundamentales para su condena. Redmayne (2015) concluye que, «una regla que excluyera los antecedentes penales de Straffen por motivos morales, pagaría un precio muy alto en términos de absolver a personas culpables. Tan alto, que una regla sin excepción no resultaría atractiva» (p. 65).

La decisión de incorporar como prueba aquellas condenas de una similitud tan evidente con el hecho que se juzgaba, puede pensarse como el resultado de haber

⁴⁸ Sostuve, en el apartado anterior, que el criterio de relevancia más importante a la hora de establecer la importancia de la condena previa para probar la culpabilidad de la persona acusada es el de la similitud entre los hechos. Ello se vuelve a poner en evidencia en este punto, dado que cuando dicha similitud es contundente, los reparos morales parecen perder terreno en el camino de motivar la exclusión de dicha prueba.

⁴⁹ *Straffen* [1952] 2 QB 911.

superado el *test* establecido en DPP v P⁵⁰. Si bien el precedente es posterior al caso *Straffen*, lo cierto es que, si realizamos el ejercicio hipotético de someter el caso al *test* allí dispuesto, parece razonable considerar que lo hubiera superado cómodamente. El razonamiento sería el siguiente: la fuerza probatoria de los antecedentes de *Straffen*, en apoyo a la hipótesis que sostiene su culpabilidad por el último hecho, parece lo suficientemente alta como para admitir su incorporación al proceso, a pesar del perjuicio —en este caso moral— que pudiera generar en *Straffen* al demostrar que fue declarado culpable por otros delitos. Ello, más allá de la ya mencionada dificultad planteada por Redmayne (2015, p. 66). para comparar el valor de una prueba en términos epistémicos con un perjuicio de índole moral.

Lo dicho abre dos interrogantes que no quisiera pasar por alto al concluir el abordaje de esta recurrente objeción.

Por un lado, resulta prudente realizar una consideración respecto a la acertada preocupación de Ferrajoli, con relación a la categorización de determinados grupos de personas. En este sentido, considero que el peligro de avanzar en desmedro del principio de culpabilidad está dado por la utilización de esas categorías para la elaboración de tipos penales que tengan por objeto la persecución y castigo de un grupo de personas de determinadas características. Sin embargo, creo que tan acertada preocupación no debe extenderse más allá de los límites sustantivos hacia el terreno probatorio dónde las generalizaciones determinadas por el carácter o el comportamiento anterior de una persona son empleadas como inferencias probatorias en busca de robustecer una hipótesis determinada. En otras palabras: creo que es importante distinguir claramente entre estas dos acciones: (i) perseguir y castigar a alguien por sus características personales; (ii) tener en cuenta determinadas características (ya sea rasgos del carácter o comportamientos pasados) para robustecer una hipótesis como puede ser que aquella persona resulta culpable de un delito.

Por otro lado, el ejemplo de *Straffen* empleado por Redmayne (2015) da paso a un segundo interrogante respecto a si argumentos (objeciones) como el aquí abordado son, necesariamente, argumentos no epistémicos. Si la relevancia, el peso o el valor de un elemento de juicio (en este caso, una condena previa) influye de forma tan evidente para sostener o hacer cesar el reparo moral de incluir esa prueba, entonces la cuestión parece no estar del todo fuera del alcance de la epistemología⁵¹. En otras palabras, del ejemplo puede concluirse que: el reproche o la censura moral de utilizar el comportamiento pasado de una persona, para determinar si se ha comportado del mismo modo en el hecho que ahora se le reprocha, va adquiriendo mayor dimensión

⁵⁰ DPP v P [1991] 2 AC 447.

⁵¹ Como habré de concluir, el balance al que se refiere Redmayne (2015, p. 65) al sostener que estas objeciones deben admitir excepciones —por ejemplo, en los casos de alto grado de similitud— ponen en evidencia el difuso contorno entre ciertos argumentos éticos o morales y aquellos que, como vimos, tienen como fundamento cuestiones epistémicas. En efecto, una objeción que podría catalogarse como principista termina reconduciéndose en una cuestión epistémica en la que entran en juegos cuestiones como las abordadas en el acápite en el que traté la relevancia de este tipo de pruebas.

en tanto la inferencia o la evidencia utilizada resulta más débil o más general; mientras que aquel reproche va cediendo o perdiendo fuerza, al punto incluso de poder ser anulado, cuando pensamos en evidencias o inferencias tan fuertes como las utilizadas en el caso de *Straffen*.

4.2. La objeción en base al principio de autonomía

Otra de las objeciones más recurrentes a la utilización de este tipo de pruebas parte del respeto al *principio de autonomía del individuo*. Este principio fue reconocido como un pilar fundamental del principio de dignidad humana desde mucho tiempo atrás. Tillers (2008) pone en perspectiva esto al afirmar que «Hace aproximadamente doscientos años, Kant argumentó que el principio o ideal de la dignidad humana requiere que las personas sean tratadas como criaturas autónomas capaces de determinar sus propias acciones» (p. 795)⁵².

La objeción puede extraerse fácilmente: si utilizamos el comportamiento pasado de una persona para probar que, en la ocasión que ahora nos interesa, se comportó de la misma manera, estaríamos tratando a la persona como un individuo que se encuentra condicionado por sus acciones pasadas y que no tiene la autonomía para determinar, en términos de Kant, sus propias acciones⁵³.

Asimismo, el argumento que sostiene esta objeción es contextualizado dentro de la obligación de los tribunales de respetar estos principios. Redmayne analiza este argumento y, citando a Wasserman, explica que el reparo moral con base en la autonomía del individuo implica sostener que la utilización de las pruebas basadas en el comportamiento pasado de una persona es «inconsistente con el compromiso de la

⁵² La discusión con relación a la posibilidad de que una persona sea capaz de determinar sus propias acciones es también parte de la discusión filosófica sobre las teorías del libre albedrío. En su trabajo, Pundik (2023) desarrolla su teoría de la culpabilidad, según la cual «la prueba predictiva solo sustenta la pretensión acusatoria —según la cual la persona acusada cometió el delito que se le atribuye— en la medida en que la conducta de esa persona haya estado determinada por cierto factor causal, lo que priva de libertad a su conducta» (p. 4). En efecto, se parte de la idea de que la libertad (podría decirse, autonomía) de la conducta de una persona puede, efectivamente, verse socavada en determinadas situaciones. Luego, explica por qué más allá de la teoría del libre albedrío que se escoja, «el derecho penal debe tratar a las personas como si tuvieran libre albedrío impredecible, sin importar si en efecto lo tienen» (p. 33). Más allá de la *imprescindible* discusión sobre determinismo y libre albedrío, la objeción que analizo en el trabajo busca explorar si, efectivamente, el hecho de que se admita como prueba una condena previa socava la autonomía del ser humano y si, en efecto, ello constituye un reproche moral suficiente como para decidir excluir este tipo de pruebas.

⁵³ Tillers (2008) lo explica en los siguientes términos. Parándose, a modo analítico, en una posición Kantiana, explica que, desde allí, el argumento debería ser el siguiente: «El uso de la evidencia de carácter para mostrar de qué forma se comportó una persona es inconsistente con el principio de autonomía, porque permitir el uso de carácter para mostrar de qué forma se comportó efectivamente abarca la proposición de que la conducta de las personas puede ser causada, no por sí mismas, sino por su carácter» (p. 796). Sobre esto puede verse también Pundik (2024, p. 5).

ley de tratar al acusado como un individuo autónomo, libre de determinar y alterar su conducta en cada momento» (Redmayne, 2015, p. 68).

Esta objeción a la utilización de las pruebas basadas en el carácter o en el comportamiento precedente de la persona acusada (en el caso que aquí interesa: las condenas previas de la persona acusada para probar su culpabilidad), supone una postura rígida respecto a la forma en que la admisión de estas pruebas debería ser regulada. Antes de analizar si resulta o no razonable, Tillers (2008) pone en palabras aquella postura, al explicar que según aquella objeción, «la ley debería prohibir el uso del carácter para demostrar una conducta atribuida a una persona, porque al hacerlo, la ley se compromete con la proposición de que el carácter no es una causa del comportamiento, posición que resulta consistente con el ideal de autonomía» (p. 796).

Frente a esta posición rígida, surgen distintas respuestas que resulta interesante destacar, con la brevedad que este trabajo permite.

Tillers se ocupa de responder distintas réplicas realizadas a esta tesis (2008, p. 796-812) buscando desestimarlas, pero, así y todo, termina coincidiendo en que la noción de autonomía tomada de Kant, en la que se basa la objeción moral a la utilización de este tipo de pruebas, lleva a una conclusión rígida desacertada. En este sentido, el autor concluye:

no se puede decir que, debido a que las personas son «espontáneas» o «autónomas», el comportamiento de un individuo nunca es relevante para probar el comportamiento de ese mismo individuo en otra ocasión. Hay algo desacertado en cualquier noción de autonomía o espontaneidad del individuo que sugiera una conclusión tan ridícula. A pesar de que contamos con extensa literatura filosófica que parece cuestionar la proposición de que existen características de la persona como individuo que persisten a lo largo del tiempo, es simplemente indudable que existe un grado significativo de continuidad en el comportamiento de la mayoría de los seres humanos a lo largo del tiempo (Tillers, 2008, p. 812).

Por su parte, Redmayne (2015) presenta algunas críticas a esta objeción que ponen en evidencia ciertas debilidades en la argumentación que se ensaya en resguardo del principio de autonomía.

La primera de estas críticas efectuadas por el autor parte de la afirmación de que «El hecho de que el comportamiento sea predecible no implica necesariamente una falta de autonomía» (p. 69). En este sentido, Redmayne pone como ejemplo que él acude regularmente a un mismo *pub* los días martes por la noche. Sin embargo, el hecho de que su presencia allí sea predecible con un buen grado de fiabilidad nada dice sobre su autonomía (p. 69). La crítica parece acertada. Pensemos el ejemplo con algunos agregados: Martín acude, regularmente, los días martes por la noche al mismo *pub*. Ocurre que, justamente un día martes por la noche, en aquel lugar, se da una pelea entre dos hombres que termina con la muerte de uno a causa de un impacto de una botella de vidrio. Con el devenir de la investigación, surgen algunos testimonios que describen al autor del hecho como una persona con las mismas características físicas de Martín. Luego, al tomar declaración a un amigo de Martín, se obtiene la información de que aquel día Martín salió de su casa a las 8:00 pm y volvió a la

mañana. Si se obtuviese, por algún medio, la información de que Martín acude regularmente, todos los martes, al *pub* donde ocurrió el hecho, sería evidente que se trata de información relevante. Pero ese no parece ser aquí el problema. La cuestión está en analizar si utilizar como prueba la información de que Martín todos los martes va a ese *pub* implica negar su autonomía como individuo y entonces suponer que Martín no puede determinar sus propias acciones, por ejemplo, decidir, aquel día, no ir al pub. Coincido con Redmayne en que concluir que el hecho de que Martín concurra todos los martes al pub, hace más probable que Martín (contra quien existe un cúmulo de pruebas importantes) haya sido el autor de aquel homicidio, nada dice sobre su autonomía.

La segunda crítica esbozada por Redmayne (2015) apunta a que parece algo bastante paradójico sostener que el accionar de una persona que comete un delito puede ser catalogado como una conducta sin autonomía. En este sentido, afirma el autor que:

«Autónomo» significa, literalmente, crear la propia ley de uno mismo. Y hay un sentido bastante obvio en el que los delincuentes son mejores en actuar de esa forma que en actuar de forma respetuosa a la ley. De hecho, la literatura criminológica identifica una cierta tendencia rebelde y antiautoritaria en muchos de lo que se denominan delincuentes persistentes (p. 69).

Aquí, el autor parece romper directamente con aquella idea sobre la autonomía planteada al comienzo de este apartado. Pues, de su afirmación puede extraerse que en el caso de las personas que reinciden en su accionar delictivo lo que existe es una decisión voluntaria —guiada, según ciertas posturas criminológicas por la rebeldía— de actuar de forma contraria a lo que indica la norma. En efecto, extraer de la repetición una propensión a comportarse de determinada manera no sería negar su autonomía, sino inferir la dirección de su voluntad.

La tercera y última crítica tiene que ver con «una marcada asimetría en las preocupaciones por la autonomía». Redmayne (2015), como en buena parte de su obra, utiliza como contraejemplo al «motivo»⁵⁴. En este sentido, explica que cuando afirmamos que el hecho de que el acusado tuviera un motivo para asesinar a su tío rico aumenta la probabilidad de que efectivamente lo hiciera, la preocupación por la autonomía no parece estar comprometida. Ello, a pesar de que, en los términos de Wasserman, estaríamos empleando una inferencia apoyada en la frecuencia extraída de la mala conducta de otras personas, dado que el motivo es solo una evidencia que muestra una tendencia general a actuar guiado por un motivo (Redmayne, 2015, p. 69). Así, no parece existir en ese caso una objeción del tipo: utilizar como prueba que Gabriel se vería beneficiado por la herencia al matar a su tío rico (motivo), como

⁵⁴ Principalmente, lo utiliza al momento de abordar la relevancia de estas pruebas a las que cataloga como «prospectivas». Según el autor, la aparición de un motivo (*i. e.*: el caso del sobrino que tiene motivos para matar a su tío rico) actúa, en quien decide sobre los hechos, de forma similar a la aparición de una condena previa, más allá de los matices de cada evidencia en particular (Redmayne, 2015, pp. 70-71).

prueba de que lo mató, contraría el principio de autonomía del individuo ya que implicaría negar a Gabriel la posibilidad de determinar él mismo su propio comportamiento. Por otro lado, afirma Redmayne, la preocupación sobre la autonomía tampoco aparece presente cuando la persona acusada, o su defensa, ofrecen un elemento de juicio que busca demostrar que es un buen ciudadano (*i.e.* inexistencia de antecedentes condenatorios).

En conclusión, creo que las críticas expuestas ponen evidencia que el argumento de la autonomía no resulta lo suficientemente sólido como para fundamentar la exclusión de la prueba, cuando ella resulte relevante para probar la culpabilidad de la persona acusada.

He abordado solo algunos de los argumentos éticos o morales que suelen emplearse en contra de la utilización de las pruebas de los antecedentes de la persona acusada. Existen, por supuesto, otros que por cuestiones de extensión han quedado fuera. En definitiva, todos estos argumentos persiguen la idea de centrar el proceso en el acto que se investiga y evitar realizar una especie de auditoría moral sobre la vida de la persona acusada. Sin embargo, como se pudo observar del análisis de cada una de las críticas, las objeciones morales que se plantean no parecen lo suficientemente robustas como para habilitar, de modo general, la exclusión de la prueba constituida por las condenas previas de la persona acusada. Ahora bien, si se sostuviera la necesidad de abordar cada caso en particular, los criterios de relevancia propuestos; las conclusiones sobre los argumentos aquí tratados y el *test* empleado en Reino Unido —a través del precedente *DPP v P* ya citado— pueden resultar una buena base analítica para reflexionar, en cada uno de aquellos casos, la conducencia o no de las objeciones morales que se planteen a la hora de introducir este tipo de pruebas con el objetivo de establecer la culpabilidad de la persona acusada.

4.3. La objeción en base al modelo a de incentivos y el efecto negativo sobre la disuasión

Existe otro argumento en favor de la exclusión de este tipo de pruebas que es, en gran medida, defendido por Sanchirico (2001). El autor —que sostiene que el proceso penal está dirigido, principalmente, a regular los incentivos y los desincentivos para influir en la conducta de los potenciales infractores— plantea que la admisión de la prueba de los antecedentes resulta un *desincentivo* para que el potencial infractor de la ley penal se vea disuadido de quebrantarla⁵⁵.

Antes de avanzar en el desarrollo de este argumento, es necesario poner de resalto la distinción que el autor propone entre aquellas pruebas que se extraen de la propia ocurrencia del hecho que se investiga (tales como un testimonio de *visu* o las huellas dactilares en la escena del crimen) y las pruebas *prospectivas* (tales como las condenas

⁵⁵ En este sentido: Sanchirico (2001, p. 1262) y Dahlman (2020, p. 173).

previas o la prueba del *motivo*)⁵⁶. Este último tipo de pruebas existen más allá de que la persona acusada hubiera cometido o no el delito que se le imputa, lo que contrasta con el tipo de evidencia que se desprende directamente del hecho.

La diferenciación resulta necesaria para entender esta objeción. Mientras que la prueba que se extrae directamente de la ocurrencia del hecho tiene un efecto disuasorio, dado que el potencial infractor podría pensar en no llevar a cabo la acción criminal porque podrá dejar cabos sueltos (pruebas que lo conecten directamente con el hecho); la prueba constituida por los antecedentes no cumple ningún papel disuasorio, dado que la misma existirá si el infractor lleva adelante la conducta delictiva o si no lo hace. En consecuencia, explica Redmayne (2015) repasando el argumento de la *disuasión*, admitir los antecedentes como prueba de la culpabilidad de la persona acusada, podría incluso socavar dicha disuasión, pues quien se dispone a cometer un delito podría pensar: «como tengo antecedentes —y serán utilizados como prueba—, cometa o no el delito, pensarán que he sido yo» (p. 42).

Hasta aquí, hay dos cuestiones que deben tenerse en cuenta: (i) que la prueba de las condenas previas de la persona acusada no cumple un rol disuasorio y (ii) que dicha prueba podría, incluso, socavar aquella disuasión. Sanchirico (2001), abordando el tema con mayor profundidad, plantea que no es tan inusual encontrar una prueba *traza* (como él denomina a aquellas pruebas que se obtienen de la propia ocurrencia del hecho) que incrimine a un sospechoso inocente. Sin embargo, refiere que encontrar dos pruebas de ese tipo contra un sospechoso inocente sería realmente difícil. De este modo, presuponiendo que se requieren al menos dos pruebas para habilitar la imposición de una condena, un sistema que excluya la prueba de los antecedentes generaría un desincentivo para delinquir. El razonamiento es el siguiente: al requerirse —según sostiene— dos pruebas para afirmar la culpabilidad de la persona acusada, una persona que cuenta con una condena previa se ve fuertemente desincentivado a comportarse adecuadamente, porque el hecho de tener un antecedente significa que ya tiene una prueba en su contra. Así, solo se va a necesitar una prueba más para afirmar su culpabilidad y, según sostiene el autor, es razonable esperar que aparezca una evidencia (de aquellas que se extraen de la propia ocurrencia del hecho) en su contra, tanto si comete el delito como si no lo hace. De este modo, el potencial infractor se verá desincentivado a cesar en su accionar delictivo dado a que es razonablemente probable que lo encuentren culpable aunque no lleve adelante la conducta (Sanchirico, 2001, p. 1275).

Sin embargo, este argumento que se ha esgrimido para fundamentar la exclusión de las pruebas constituidas por las condenas previas ha recibido críticas que parecen difíciles de sortear. Me centraré en dos críticas ensayadas por Redmayne (2015).

⁵⁶ Sanchirico (2001) explica esta distinción de la siguiente manera: «Para probar la conducta, el enfoque de fijación de incentivos distingue entre la evidencia *traza* (evidencia que es, probablemente, producto de la conducta) y la evidencia *predictiva* (prueba de las condiciones que tienden a producir la conducta en sí)» (p. 1306).

La primera de ellas, pone en evidencia que el razonamiento parte de un presupuesto difícil de sostener, al afirmar que se necesitan dos pruebas para poder condenar a una persona acusada de haber cometido un delito. Redmayne (2015) lo explica en los siguientes términos:

«dado que la mayoría de las jurisdicciones no tienen ninguna regla de corroboración, un acusado puede ser condenado con una sola evidencia, como su propia confesión o el testimonio de un testigo presencial, de modo que, si se afirma que una sola evidencia es fácil de conseguir, incluso una persona sin antecedentes podría pensar que no habrá mucha diferencia entre cometer el delito o no, pues de igual modo podrá ser condenado». (p. 43).

De este modo, si coincidimos en que no es habitual encontrar reglas que impongan la imposibilidad de condenar a una persona por la existencia de una única prueba⁵⁷, la objeción carecería de sentido ya que, como explica Redmayne, el hecho de que se incorpore como prueba una condena previa no haría ninguna diferencia a los efectos de incentivar o desincentivar la conducta del potencial infractor.

La segunda crítica a la que me referiré, se asienta en la idea de que las personas que se disponen a cometer un delito no son, en palabras de Redmayne, «calculadoras racionales» que se detienen a analizar de qué manera aumenta la posibilidad de ser condenados según las reglas probatorias vigentes o la cantidad de prueba que resulta necesaria para que les sea impuesta una condena.

Redmayne (2015) lo explica del siguiente modo:

Para que la admisión de las condenas previas como prueba socave la disuasión, los potenciales delinquentes deberán conocer la regla probatoria y tener en cuenta el hecho de que aumenta su probabilidad de condena al decidir si comete un delito. Dado que los antecedentes penales, en la gran mayoría de los casos, solo desempeñarán un papel de apoyo en la obtención de una condena, incluso si las personas funcionaran como calculadoras racionales, se centrarían más en las posibilidades de generar evidencias directas de su accionar al decidir si realizar un delito o no. Sin embargo, esto ignora el hecho de que los delinquentes no parecen ser calculadoras racionales. Los delinquentes tienden a no pensar en las consecuencias legales de sus acciones, poniéndolas fuera de sus mentes en la medida de lo posible y, en cambio, se concentran en las recompensas potenciales del crimen. (pp. 43-44).

Si bien la afirmación que sostiene que las personas que cometen delitos tienden a no pensar en las consecuencias legales podría ser matizada, parece acertada la observación de Redmayne (2015) en cuanto a que resulta poco probable imaginar a una persona repasando las reglas probatorias y haciendo cálculos respecto a cuánta evidencia resulta necesaria para ser condenado. Por otro lado, la objeción solo tendría sentido si adhiriésemos al tipo de modelo que plantea Sanchirico (2001) según

⁵⁷ Vale la pena agregar que el hecho de que sea inusual encontrar reglas que consagren la imposibilidad de condenar con una única prueba (o, de reverso, que establezcan la necesidad de pruebas para arribar a una condena) tiene que ver con haber dejado atrás el *sistema de prueba legal* que regía en tiempos pasados. En ese sentido, lo ha explicado con gran claridad Ramírez Ortíz (2020) al referirse, puntualmente, a la clásica regla conocida como «testis unus testis nullus» (p. 204).

el cual, el objetivo central del proceso es dar forma a los incentivos de los posibles infractores de la ley penal.

5. CONCLUSIÓN

El principal objetivo de este trabajo ha sido poner en órbita algunas discusiones sobre un tema que no ha merecido suficiente atención en nuestro medio, como contraposición al robusto desarrollo que ha tenido, por los motivos expuestos, en los sistemas del *common law*.

En este recorrido, conocer a qué llamamos *character evidence* resulta indispensable si pretendemos detenernos a analizar, seriamente, qué hacer con las condenas previas de una persona acusada a la hora de probar su culpabilidad.

He buscado, a través de esta investigación, reflexionar acerca de por qué estas discusiones son también relevantes en nuestro medio, donde la falta de regulaciones dedicadas a las reglas de evidencia, o nuestra propia tradición jurídica, nos han llevado a omitir cuestiones que, sin dudas, pueden tener serias repercusiones a la hora de utilizar o no utilizar, este tipo de pruebas en el marco de un proceso penal.

Particularmente, he buscado abordar con la mayor claridad posible los distintos tipos de argumentos que han sido esgrimidos a la hora de decidir si la prueba de los antecedentes debe o no ser utilizada para probar la culpabilidad de la persona acusada.

Al analizar los fundamentos epistémicos para aceptar o no el uso de este tipo de pruebas, he puesto especial atención a la discusión sobre su relevancia. En este sentido, entiendo que ha quedado clara la necesidad —y espero haber podido aportar elementos en ese sentido— de abandonar aquella dicotomía sobre si las condenas previas son o no relevantes para probar la culpabilidad de la persona acusada y, consecuentemente, avanzar sobre un análisis más profundo y preciso a través de la utilización de los criterios de relevancia aquí propuestos. A su vez, ello permitirá evitar la utilización de clases de referencia demasiado amplias o heterogéneas (en los términos de Dahlman, 2017) que den lugar a generalizaciones demasiado débiles. En sentido contrario, ir achicando o precisando la clase de referencia permitirá la construcción de generalizaciones más sólidas que den lugar a mejores inferencias. Al final de cuentas, el ejercicio propuesto, no sólo servirá para afirmar o negar la relevancia de los antecedentes para probar la culpabilidad de la persona acusada en el caso concreto, sino que también nos permitirá identificar el valor de esta prueba para sopesar su importancia con las objeciones morales o los temores epistémicos que pudieran presentarse.

Y en este sentido, creo necesario insistir con una cuestión que permite quitar contundencia a muchas de las objeciones que he puesto de relieve: la utilización de este tipo de pruebas en el proceso penal debe ser pensada como una de las pruebas que conforman el acervo probatorio para tomar una decisión sobre el hecho que se juzga. En efecto, sea cual sea la objeción que se plantee, no deberá estar dirigida a un

argumento que sostenga que afirmar la relevancia de las condenas previas significa que la existencia de aquella prueba es suficiente para determinar que la persona acusada es, en efecto, culpable⁵⁸.

Por otro lado, en lo que refiere a los argumentos no epistémicos, me he detenido en el análisis de las objeciones morales más recurrentes. He considerado que la objeción basada en el *principio de autonomía del ser humano* es pasible de ciertas críticas que encuentro razonadas, razón por la cual entiendo que podría resultar desproporcionado decidir la exclusión de estas pruebas, de modo general, en base a dicha objeción. En cuanto a la objeción que sostiene que, la utilización de este tipo de pruebas resulta propia de un *derecho penal de autor*, he intentado poner de resalto una cuestión que resulta de vital importancia: es necesario, en miras a proteger un principio trascendental como lo es el *principio de culpabilidad*, evitar cualquier tipo de caracterización en la elaboración de tipos penales, que tengan la finalidad de perseguir y castigar a un grupo de personas determinado. Sin embargo, ello no debe conducirnos a transformar esa preocupación sustantiva en una regla probatoria que rechace la utilización de estas pruebas. Pues, no debemos confundir el hecho de perseguir a alguien por sus características personales o su pertenencia a un grupo determinado, con la utilización de pruebas vinculadas con el carácter de una persona para determinar su culpabilidad en el hecho que se encuentra siendo investigado.

En definitiva, el estudio de las objeciones abordadas durante este trabajo me ha permitido sostener que, a priori, estas no resultan suficientes como para fundamentar la existencia de una regla que prohíba la utilización de este tipo de pruebas para la generalidad de los casos. Más bien, he intentado poner de relieve la necesidad de realizar un balance entre el valor que pudiera tener la prueba en el caso concreto y los perjuicios —tanto morales como epistémicos—, que la utilización de dicha prueba pudiera generar en la persona acusad, tal como se explicitó en el precedente *DPP v P* al que hiciera alusión anteriormente.

BIBLIOGRAFÍA

- Anderson, B. J. (2012). Recognizing Character: A New Perspective on Character Evidence. *The Yale Law Journal*, 121, 1912-1968.
- Dahlman, C. (2017). Unacceptable Generalizations in Arguments on Legal Evidence. *Argumentation*, 31, 83-99. <https://doi.org/10.1007/s10503-016-9399-1>.
- Dahlman, C. (2020). Naked Statistical Evidence and Incentives for Lawful Conduct. *International Journal of Evidence and Proof*, 24, 162-179.
- Damaška, M. R. (1994). Propensity Evidence in Continental Legal Systems. *Chicago-Kent Law Review*, 70, 55-67.

⁵⁸ Tampoco esto debe llevarnos a afirmar que resulta impensable imaginar un caso en el cual la existencia de una condena previa, por sí misma o sumada a algún elemento más, pueda resultar determinante para afirmar la culpabilidad de una persona. En este sentido, véase el caso de *Straffen* ya citado.

- Damaška, M. R. (2015) [1997]. *El derecho probatorio a la deriva* (Traducción de J. Picó i Junoy). Marcial Pons.
- Dei Vecchi, D. (2020). Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión. En *Pensar la prueba* (volumen 1). Editores Del Sur.
- Dennis, D. H. (2013). *The Law of Evidence*. Thomson Reuters.
- Duff, A.; Farmer, L.; Marshall, S. & Tadros, V. (2007). *The Trial on Trial* (Volume 3. Towards a Normative Theory of the Criminal Trial). Hart Publishing.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. (Traducción de P. A. Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés). Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- González Lagier, D. (2005). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra.
- Ho, H. L. (2010). *A Philosophy of Evidence Law*. Oxford University Press.
- Hunter, J. (2016). Book Review: Character Evidence in the Criminal Trial. *The International Journal of Evidence & Proof* 20(2), 162-172. <https://doi.org/10.1177/1365712716641033>
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica* (Traducción de C. Vázquez y E. Aguilera). Marcial Pons.
- Limardo, A. (2025). Propuestas para la construcción y el control de argumentos probatorios por parte de la defensa. En P. Rovatti (coord.), *La defensa penal: cuestiones fundamentales*. (p. 105-136). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Pundik, A. (2023). La prueba predictiva en los procesos penales: ¿Por qué el derecho penal debe tratar a las personas como si tuvieran libre albedrío impredecible?. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, 6, 11-47. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i6.22895
- Ramírez Ortiz, J. L. (2020). El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, 1, 201-246. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22288
- Redmayne, M. (2002). The relevance of bad character. *Cambridge Law Journal*, 61(3), 684-714.
- Redmayne, M. (2015). *Character Evidence in Criminal Trial*. Oxford University Press.
- Roberts, P. y Zuckerman, A. A. S. (2010). *Criminal Evidence* (2ª ed., 586). Oxford University Press.
- Rovatti, P. (2020). Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 1, pp. 31-66. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22327
- Rovatti, P. (2024). Sobre la supuesta «pureza epistemológica» de la valoración de la prueba: a propósito de una tesis de Jordi Ferrer Beltrán. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 48, 467-498. <https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.17>
- Sanchirico, C. (2001). Character Evidence and the Object of Trial. *Columbia Law Review*, 101(6), 1227-1311.
- Schauer, F. (2003). *Profiles, probabilities and stereotypes*. Harvard University Press.
- Schauer, F. (2022). *The Proof. Uses of Evidence in Law, Politics and Everything Else*. Harvard University Press.
- Spencer, J. R. (2002). Evidence. En M. Delmas-Marty & J. R. Spencer (eds.), *European Criminal Procedures* (p. 594-640). Cambridge University Press.
- Tillers, P. (1998). What is Wrong with Character Evidence. *Hastings Law Journal*, 49(3), p. 781-834.
- Toulmin, S. (2007) *Los usos de la argumentación* (Traducción de María Morrás y Victoria Pineda). Península.
- Legislación y jurisprudencia
- Criminal Justice Act 2003. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents>
- Federal Rules of Evidence (1 diciembre 2004). <https://www.uscourts.gov/file/78325/download>
- Regina v. Straffen. [1952] 2 Q.B. 911
- DPP v P [1991] 2 AC 447. <https://vlex.co.uk/vid/dpp-v-p-793137485>

