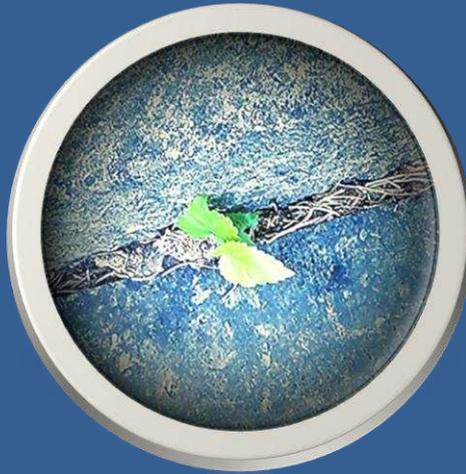


ESCUELA DE
POSGRADO



Revista de la
Maestría
EN DERECHO PROCESAL

Vol. 9
Enero-diciembre 2021
ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocetal>



La regla del estándar de prueba como engranaje de los sistemas procesales

Sobre Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso

Flavia Carbonell Bellolio

Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

Contacto: fcarbonell@derecho.uchile.cl

“Un sistema sin estándares de prueba es un sistema sin reglas para justificar las decisiones sobre los hechos”¹. Un sistema con estándares de prueba que apelen a la voluntad, creencias o convicciones del juzgador (el problema de la *subjetividad*) o con un alto nivel de vaguedad (el problema de la *imprecisión*) es equivalente a un sistema sin reglas para justificar las decisiones sobre los hechos. Un sistema jurídico sin reglas para justificar las decisiones sobre los hechos no permite cumplir con el deber de motivación de las decisiones judiciales. Un sistema jurídico que no permite cumplir con este deber hace ilusoria la garantía ciudadana del debido proceso en contra de eventuales arbitrariedades en el ejercicio de la jurisdicción, que constituye una exigencia del Estado de derecho. Esta es, presentada de manera condensada, la primera tesis del libro *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso* del profesor Jordi Ferrer Beltrán, de la que da cuenta el título mismo: la convicción de quien decide sobre los hechos es irrelevante desde el punto de vista probatorio, se opone

¹ FERRER BELTRÁN (2021: 16)

a la tradición racionalista de la prueba y vulnera el debido proceso. La segunda tesis afirma que es posible, conveniente y necesario formular estándares de prueba que permitan el control intersubjetivo de las decisiones sobre los hechos probados en el contexto de un proceso judicial. Tras hacerse cargo de varias objeciones, el paso decisivo en este libro es presentar formulaciones lingüísticas de estándares probatorios distintos para escenarios procesales diversos.

La publicación de este libro, como el propio autor reconoce, se nutre de, y continúa con el trabajo iniciado en *Prueba y verdad en el derecho* (2002) y *La valoración racional de la prueba* (2007). Una trilogía que, sin lugar a duda, ilumina el sendero de todos quienes tienen interés en la teoría y práctica de la aplicación judicial del derecho y que proporciona una teoría de la prueba completa y sólida. Un libro, *Prueba sin convicción*, que identifica prístinamente los nudos problemáticos en torno a la prueba en el derecho, que explicita los desacuerdos con la literatura relevante, en un diálogo que no caricaturiza la posición contraria y que, aferrándose al rigor conceptual, transita cómodamente entre legislación y jurisprudencia española, extranjera e internacional. Un texto, en fin, que bebe de las profundidades de la filosofía política y moral, se enriquece de las abstracciones de la epistemología, sobrevive a la aridez de la dogmática procesal, recorre los laberintos de la teoría de las normas y se potencia con la teoría del derecho.

Con la claridad expositiva que caracteriza su obra, Ferrer explicita las premisas de partida. El libro se estructura en torno a cuatro presupuestos de la concepción racionalista de la prueba, desarrollados en sus libros anteriores y compartidos por otros autores latinos y anglosajones²:

² FERRER BELTRÁN (2021: 17-19)

- 1) “Hay una relación teleológica entre prueba y verdad, de modo que la verdad se configura como el objetivo institucional a alcanzar mediante la prueba en el proceso judicial”.
- 2) Se emplea un concepto de verdad como correspondencia, según el cual un enunciado fáctico “es verdadero si, y solo si, se corresponde con lo sucedido en el mundo (externo al proceso)”.
- 3) Las decisiones fácticas en el proceso se adoptan en contextos de incertidumbre, es decir, no es posible alcanzar certezas racionales debido a nuestras limitaciones epistémicas.
- 4) El razonamiento probatorio es necesariamente probabilístico (en la concepción de probabilidad inductiva): “[d]ecir que un enunciado fáctico está probado es afirmar que es probablemente verdadero -...- dadas las pruebas disponibles”.

El libro contribuye a la literatura de teoría de la prueba sobre estándares de prueba, reuniendo y revisitando sus debates, haciéndose cargo de las deficiencias de algunas posturas, identificando los problemas y ofreciendo posibles vías de solución.

En la *Introducción*, se constatan los problemas más persistentes y no resueltos sobre estándares de prueba que justifican una obra como esta: por un lado, la ausencia de estándares de prueba y, por otro lado, la subjetividad y vaguedad en la formulación de estándares de prueba³. Se trata de problemas que dificultan el funcionamiento de los sistemas procesales⁴ y, como lo plan-

³ FERRER BELTRÁN (2021: 47)

⁴ Asimilando la ausencia a los defectos en la formulación de un estándar de prueba, manifiesta estar de acuerdo con Kalintiri “que considera que al final la diferencia entre sistemas jurídicos con estándares de prueba interpretados en

tea sin tibieza el autor, corroen la garantía del debido proceso que caracteriza al Estado de derecho.

Una primera cuestión es que no exista un estándar de prueba, y ello llevaría a reflexionar acerca de las condiciones de existencia de este tipo de reglas. Aunque en este libro no se aborda directamente la cuestión de si, aún a falta de explicitación, debemos asumir que existe un estándar de prueba, parecería ser esta la tesis del autor: el funcionamiento de todo sistema procesal -y de todo conjunto de reglas que rigen un proceso específico- presupone la existencia de un estándar de prueba o, lo que es lo mismo, la regla de estándar siempre estaría implícita en aquellas que configuran los procesos judiciales. Sí se afirma explícitamente, en cambio, que el legislador debiese ocuparse de construir una o más reglas expresas de estándar probatorio que favorezcan la triple función que están llamadas a cumplir: 1) una función heurística, ofreciendo criterios para hacer posible y guiar la decisión judicial y su justificación; 2) una función de garantía para las partes (para la elaboración de estrategias probatorias y el control de la decisión vía recursos); 3) una función de distribución del riesgo del error entre las partes⁵.

En varios pasajes Ferrer indica que sin estándar de prueba no es posible la motivación⁶, al tiempo que es enfático en señalar que el deber de motivación no sustituye a la regla de estándar, como erradamente creen algunos autores⁷. En la misma dirección y criticando la tesis de Bayón -que afirmarí la existencia de un estándar por defecto, implícito, que sería el de preponderancia de

términos subjetivos y sistemas jurídicos sin estándares de prueba puede ser más una cuestión de palabras que de substancia" (FERRER BELTRÁN, 2021: 172, n.5).

⁵ FERRER BELTRÁN (2021: 109-138, 237)

⁶ FERRER BELTRÁN (2021: 197)

⁷ FERRER BELTRÁN (2021: 198, n. 80)

la prueba y que expresaría que aquel sistema procesal tendría una sensibilidad mínima (indiferente) a la distribución del riesgo del error- niega que la sola exigencia de valoración racional de la prueba baste para fijar un nivel de suficiencia probatoria. Frente a esta tesis, Ferrer, por una parte, insiste en la distinción entre la actividad de valorar la prueba y la de adoptar una decisión sobre la suficiencia probatoria de una hipótesis a partir de la prueba incorporada en un proceso y, por otra, advierte que el estándar de preponderancia de la prueba no es unívoco: en efecto, cuatro de los estándares que propone en el último capítulo del libro podrían incluirse bajo tal sintagma⁸.

El *problema de la subjetividad* consiste, precisamente, en la apelación que se hace por legisladores, jueces y juristas a elementos psicológicos o estados mentales del decisor como elemento necesario de los estándares de prueba. Pero, para decirlo con Laudan, un estándar subjetivo no es, en realidad, un estándar, pues si una de sus funciones es permitir el control intersubjetivo de la decisión acerca de los hechos, entonces es claro que la apelación a la convicción o creencias del juzgador excluyen tal control. En el *Capítulo III*, referido a la motivación de las sentencias en materia de hecho, el autor desarticula la vinculación conceptual entre prueba y convicción, tan instalada en la dogmática procesal, en algunas teorías de la prueba e incluso en legislaciones y jurisprudencia de distintos países del *common law* y del *civil law*. Debe abandonarse, argumenta Ferrer, el subjetivismo probatorio, en especial, la concepción persuasiva de la prueba como el polo opuesto a aquella concepción racional sobre la que se erige su tesis. Sintetizando, no existe vinculación conceptual entre la prueba de un hecho y la adquisición de la creencia en aquel hecho por parte de quien lo juzga, ni aquella creencia de que un enunciado es

⁸ FERRER BELTRÁN (2021: 24-25, 226 n. 4)

verdadero es condición necesaria para que se estime probado. Que alguien tenga una creencia no tiene capacidad justificativa alguna y ello porque una creencia, en tanto actitud proposicional, se adquiere involuntariamente. Ello no quiere decir, por cierto, que no pueda justificarse el “contenido proposicional de la creencia a partir de un conjunto de informaciones”, a lo que el autor llama “credibilidad”⁹. Las creencias, además, son independientes del contexto y no son siempre racionales.

El *problema de la imprecisión* consiste en el uso, especialmente por parte del legislador, de expresiones vagas al referirse a la suficiencia probatoria, tales como “prueba insuficiente”, “suficientemente fundada”, “indicios razonables”, “motivos bastantes”, que eluden la tarea de brindar criterios de suficiencia probatoria orientadores para el decisor (i.e. para justificar su decisión) y las partes o intervinientes en procesos judiciales (i.e. para determinar la intensidad de actividad probatoria requerida y para impugnar una decisión que incumple tales criterios). Desde otro ángulo, hay quienes reconocen en la “flexibilidad” de las fórmulas lingüísticas “más allá de toda duda razonable” o “balance de probabilidades” una virtud o una necesidad, en tanto permite al juzgador “concretar el nivel de exigencia probatoria requerido” en cada caso¹⁰. La propuesta del autor consiste en, a nivel teórico, rechazar el particularismo y, a nivel de *lege ferenda*, proponer ejemplos de estándares menos vagos, que proporcionen directrices a los operadores jurídicos sobre cómo podrían ser construidos. A esto último dedica el *Capítulo IV*, en el que me detendré más adelante.

El *Capítulo I* identifica, dota de contenido y justifica los requisitos metodológicos para la formulación de estándares de prueba y que son los siguientes:

⁹ FERRER BELTRÁN (2021: 186 n. 41)

¹⁰ FERRER BELTRÁN (2021: 172, 47)

Primer requisito: apelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las conclusiones probatorias que se establezcan.

Segundo requisito: los criterios que se utilicen en el estándar de prueba deben cumplir con la función de establecer un umbral de suficiencia probatoria.

Tercer requisito: el estándar de prueba debe estar formulado apelando a criterios de probabilidad inductiva, no matemática.

Cuarto requisito: todo proceso judicial requiere de diversos estándares de prueba, que deben fijar umbrales de suficiencia probatoria distintos y progresivos.

Pese a que en el desarrollo de cada uno de los requisitos hay argumentos muy elaborados, me gustaría destacar especialmente aquellos que se dan para enfrentar las objeciones sobre la supuesta imposibilidad e inconveniencia de establecer criterios que fijen el nivel de exigencia probatoria. Con respecto a la primera objeción, Ferrer comparte la constatación de que hay un margen de vaguedad inevitable en los criterios epistémicos -dado por su naturaleza gradual e imposibilidad de cuantificación- que permiten solo la comparación ordinal de hipótesis, aunque indica que ello no hace fracasar el intento de formulación de estándares adecuados. Así, estándares que indican los resultados probatorios que las hipótesis deben alcanzar a partir de las pruebas identifican las razones a las que deben recurrir los jueces “para juzgar las cuestiones de hecho: nada más, pero tampoco nada menos”¹¹.

Quienes defienden que no es conveniente formular un estándar de prueba (“tesis de la flexibilidad”), sostienen que, dado que “la decisión político-moral sobre el grado de exigencia proba-

¹¹ FERRER BELTRÁN (2021: 44)

toria debe tener en cuenta los respectivos costes y beneficios tanto de las decisiones fácticas erróneas como de las correctas, ese cálculo sólo podría realizarse en el caso concreto”¹². Sin embargo, esta postura se sustenta en un particularismo que es “incompatible con el Estado de derecho y con el derecho a la prueba como parte del derecho al debido proceso”¹³. Aunque esta argumentación es más enjundiosa de lo que puedo dar cuenta aquí, lo que a Ferrer le preocupa es alejarse de los sistemas de toma de decisiones basadas en reglas. ¿Es acertado el argumento particularista que indica que no sería posible capturar mediante reglas generales, o identificar universalmente, las propiedades relevantes para decidir sobre el nivel de suficiencia probatoria requerido para cada tipo de casos?¹⁴ La respuesta es negativa, aunque la idea de regular a través de normas generales y abstractas no pueda hacer desaparecer los potenciales defectos de supra o infrainclusión y requiera atender a las particularidades del caso concreto, que no son sino características de la creación y aplicación de normas jurídicas. ¿Es preferible que sea el legislador o los órganos de adjudicación quienes adopten esta decisión de suficiencia? Si bien no es una pregunta que deba responder la teoría del derecho, si le corresponde mostrar las consecuencias de una u otra distribución de competencias. En este caso, mostrar el carácter inconciliable del particularismo frente al Estado de derecho. Siguiendo la versión formal de Fuller, la primera exigencia es, precisamente, que “las conductas de los destinatarios deben estar gobernadas por reglas generales”, reglas que deben ser, además, públicas, no retroactivas, comprensibles, no contradictorias, estables en el tiempo, entre otras. Desde el punto de vista de las garantías ciudadanas, ello permite participar y adoptar decisiones racionales dentro

¹² FERRER BELTRÁN (2021: 46)

¹³ FERRER BELTRÁN (2021: 57)

¹⁴ FERRER BELTRÁN (2021: 50)

de un proceso judicial, ya que se conocen de antemano las consecuencias de las acciones, lo que hace que la decisión probatoria sea previsible.

Es posible, pues, capturar, mediante reglas generales de estándares de prueba, las propiedades relevantes para decidir sobre el nivel de suficiencia probatoria requerido para cada tipo de casos. Y es necesario hacerlo, toda vez que es condición de posibilidad de las garantías procesales, en particular, del derecho a la defensa, del derecho a una sentencia motivada, del derecho al recurso¹⁵.

La fundamentación del nivel de exigencia probatoria, es decir, el ejercicio de justificar por qué en algunos casos se exige un grado mayor de suficiencia probatoria, es objeto del *Capítulo II*. El nivel adecuado del grado de exigencia probatoria es, como deja claro el autor, una decisión política acerca de qué tipo de error nos parece más grave, considerando la valoración que se haga de los bienes jurídicos en juego, en distintos contextos y momentos procesales¹⁶. En este sentido, corresponde al legislador “encontrar un equilibrio entre la sensibilidad a la diferencia de los casos y la eficiencia de la legislación”¹⁷.

¿Qué razones pueden considerarse para adoptar la decisión sobre nivel de suficiencia probatoria? Sin pretensiones de exhaustividad, aunque destacando la relevancia de ellas, Ferrer presenta las siguientes: 1) La gravedad del error en caso de condena falsa; 2) El coste del error de las absoluciones falsas; 3) Las dificultades probatorias del tipo de casos; 4) La incidencia de otras reglas que distribuyen el riesgo del error (e.g. reglas de carga de la prueba y presunciones); 5) La distribución del poder entre las partes; 6) La

¹⁵ FERRER BELTRÁN (2021: 237)

¹⁶ FERRER BELTRÁN (2021: 24, 57, 149, 154, 209, 236)

¹⁷ FERRER BELTRÁN (2021: 205)

etapa del proceso en que debe adoptarse la decisión para la que se regula el estándar de prueba¹⁸.

El Capítulo IV, Ferrer formula siete estándares, que satisfacen los requisitos metodológicos en el capítulo I, y que permiten superar el subjetivismo y avanzar hacia una mayor precisión sobre los criterios que debiesen tomarse en consideración para adoptar decisiones sobre hechos en procesos judiciales. *Cómo legislar sobre estándares de prueba*, como capítulo final, interpela directamente a los decisores políticos, en un esfuerzo por articular teoría y práctica y sortear la frecuente crítica, algunas veces justificada, de que ninguna se interesa ni debiese interesarse por la otra. Usando ejemplos de la jurisprudencia, indica en qué consistirían estos estándares.

Como cuestión general, la tarea del legislador debiese ser, a partir de un abanico de estándares, especificar progresivamente (i.e. de menor a mayor exigencia probatoria) aquellos que se aplicarán a un proceso. Para ello, se requiere, primero, identificar cuáles son las decisiones sobre hechos que deben adoptarse en un mismo proceso y, segundo, agrupar tipos de casos de acuerdo con propiedades generales relevantes (por ejemplo, si la medida cautelar supone o no privación de libertad)¹⁹.

Ferrer analiza los siete estándares en dos grupos. Uno de ellos contiene los estándares más exigentes y se caracterizan por dos elementos: primero, requieren que la hipótesis tenga capacidad explicativa de los datos disponibles y la confirmación de predicciones a partir de las hipótesis fácticas y de las pruebas aportadas; segundo, exigen refutación de hipótesis plausibles (según el caso, de todas las hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, de la

¹⁸ FERRER BELTRÁN (2021: 154 y ss)

¹⁹ FERRER BELTRÁN (2021: 207)

hipótesis alternativa formulada por la defensa, o de la hipótesis de la defensa para la cual se haya aportado prueba específica), excluyendo las hipótesis *ad hoc*, cuya refutación es imposible.

El otro grupo contiene estándares de menor exigencia, específicamente, no requieren la refutación de las hipótesis, sino que la comparación de grados de corroboración o apoyo en el acervo probatorio de las hipótesis: “que sea la hipótesis más probablemente verdadera, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial”. Aplicando uno de los requisitos metodológicos, se entiende que “la probabilidad de una hipótesis equivale al grado de corroboración inductiva que le aporten las pruebas disponibles”²⁰. Uno de los casos de “hipótesis más probable” es la inferencia de la mejor explicación²¹.

La aplicación del requisito de la comparación sólo informa acerca de cuál de las hipótesis en competencia tiene mayor apoyo en el acervo probatorio (“más probablemente verdadera”), y que aquello puede significar que en el caso concreto aquel apoyo sea escaso o muy bajo, se añade en dos de los estándares de este segundo grupo (el 4 y 5), una cláusula relativa a la completitud o peso. Para ello, Ferrer introduce la distinción entre peso y valor probatorio: el *peso probatorio* es el grado de completitud o riqueza de los elementos de juicio relevantes²²; a mayor información, mayor probabilidad de acierto; el *valor probatorio*, en cambio, es el grado de confirmación que un conjunto de elementos aporte a la hipótesis. Como explica el autor, se hace necesario, sin embargo, matizar la exigencia de completitud del acervo probatorio (“tendencialmente completo”), dadas las limitaciones del estado de conocimiento en un tiempo y momento determinados, además de

²⁰ FERRER BELTRÁN (2021: 229 y epígrafe 3.1.3, 88 y ss)

²¹ FERRER BELTRÁN (2021: 225 n.33)

²² FERRER BELTRÁN (2021: 231)

evaluarla a la luz del tipo de pruebas necesarias para acreditar una hipótesis y de su incorporación efectiva al expediente judicial. De aquí surge la noción de *laguna probatoria*: “la ausencia en el expediente judicial de pruebas que serían necesarias para comprobar el cumplimiento de una predicción derivada de la hipótesis a probar”²³.

Como el propio autor reconoce, la vaguedad en la formulación de estándares de prueba no es completamente eliminable, sólo reducible. En este sentido, estas mismas formulaciones pueden también enfrentar discrepancias interpretativas²⁴. Sin embargo, la gran diferencia con los modelos persuasivos es que no emplean palabras o expresiones que radiquen la decisión en las creencias no justificables ni controlables del juzgador. Depuración lingüística que aspira a incidir en el cambio de la práctica.

Finalmente, el autor enuncia dos estrategias complementarias a estos estándares: los *estándares de prueba negativos*, entendidos como “reglas que establecen que un determinado acervo probatorio no es suficiente para considerar probada una hipótesis”; y los *estándares de prueba de segundo orden*, es decir, reglas que especifiquen la regla general para situaciones concretas²⁵.

Las reglas de estándares de prueba cumplen una función de engranaje de los sistemas procesales. Teniendo a la vista esas reglas, es posible proyectar, desde el inicio del proceso, cómo se desarrollará la actividad probatoria de las partes, tanto para quien tenga la carga de probar una pretensión como una defensa, y cuál debe ser la intensidad de aquella actividad. La aplicación de un estándar de prueba por el juez o jueza que adopta una decisión intermedia o final sobre los hechos del caso verifica si se ha cum-

²³ FERRER BELTRÁN (2021: 233)

²⁴ FERRER BELTRÁN (2021: 238)

²⁵ FERRER BELTRÁN (2021: 239)

plido o no la exigencia probatoria (por ejemplo, determinando la capacidad explicativa de la hipótesis de los datos, verificando la confirmación de las predicciones, mostrando la refutación de hipótesis, comparando la probabilidad de las hipótesis a partir del apoyo probatorio). La decisión probatoria intermedia o final, a su turno, puede ser objeto de control, bien por otro tribunal a través de los recursos respectivos si los hay y si las partes los interponen, bien por parte de la sociedad, especialmente por juristas y medios de comunicación social. Al mismo tiempo, esta regla de estándar interactúa con otras reglas del proceso sobre admisibilidad, carga y valoración que inciden en la decisión probatoria, en la configuración de la premisa fáctica y, de manera más general, en la fisonomía del proceso entendido como una máquina con distintas piezas que se van ensamblando.

Los sistemas procesales, creo, se comprenden mejor desde las reglas que fijan requisitos de justificación de la decisión judicial en conjunto con las reglas que fijan causales de impugnación de la decisión. Ambos tipos de reglas definen los parámetros de control de la decisión o, lo que es lo mismo, los criterios de corrección para que un sistema procesal determinado considere una decisión como correcta o incorrecta. En este libro, Jordi Ferrer Beltrán nos invita a esta reflexión y consigue inteligentemente hacernos mirar el entramado de reglas procesales desde uno de sus engranajes privilegiados: los estándares de prueba.

Referencias

FERRER BELTRÁN, Jordi

2021 Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons.

Revista de la Maestría en Derecho Procesal

ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal>

**Correo electrónico:
revista.derechoprocesal@pucp.pe**