

Decisión judicial y criterios de suficiencia probatoria. Implicancias para el rol de los jueces*

Judicial decision and proof standards. Implications for the role of judges

Matías Pedernera Allende**

Resumen: Un elemento relevante de la llamada “premisa fáctica de la decisión judicial” tiene que ver con los estándares de prueba. Dichos estándares suponen establecer ciertos umbrales que determinen el grado de prueba mínimo para tener por probada una hipótesis. Algunos problemas que estos estándares acarrearán tienen que ver, o bien con que las legislaciones procesales actuales –al menos en la tradición continental– que no establecen ningún estándar, o bien, que –si lo establecen– la determinación acerca de cuándo algo cuenta como probado depende exclusivamente de la subjetividad del juzgador. En este trabajo, intentará realizarse un acercamiento conceptual a la noción de estándares de prueba y al lugar que ocupan en el contexto de la decisión judicial. En segundo lugar, intentará mostrarse el carácter problemático de asumir estándares probatorios que descansan exclusiva o preponderantemente en la subjetividad del juzgador.

Palabras clave: Estándares de prueba, Decisión judicial, Subjetividad judicial, Prueba de los hechos.

Abstract: A relevant element of the so-called “factual premise of the judicial decision” has relation with the standards of proof. These standards involve establishing certain thresholds that determine the minimum degree of proof to have a hypothesis tested. Some problems that these standards entail have to do, either with the fact that current procedural laws -at least in the continental tradition- do not establish any standard, or, that -if they do establish it- the determination about when something counts as proven depends exclusively of the subjectivity of the judge. In this work, a conceptual approach to the notion of standards of evidence and the place they occupy in the context of the judicial decision will be made. Second, it will try to show the problematic character of assuming evidentiary standards that rest exclusively or predominantly on the subjectivity of the judge.

Keywords: Standards of proof, Judicial decision, Judicial subjectivity, Proof of facts.

* Recibido el 25/10/2019 y aprobado definitivamente para su publicación el 10/08/2020

Un agradecimiento al profesor Jordi Ferrer Beltrán (Universidad de Girona) por algunos valiosos comentarios a una versión preliminar del texto

** Universidad Nacional de Córdoba – Universidad Católica de Córdoba – Poder Judicial de Córdoba – E-mail: mepedernera@justiciacordoba.gob.ar – ORCID: [0000-0002-8716-7860](https://orcid.org/0000-0002-8716-7860)

Introducción

Un elemento relevante de la llamada “premisa fáctica” de la decisión judicial tiene que ver con los estándares de prueba o criterios de suficiencia probatoria¹. Dichos estándares suponen establecer ciertos umbrales que determinen el grado de prueba mínimo para tener por probada una hipótesis. En otras palabras, el uso del estándar de prueba permite indicar al juez cuándo está autorizado a considerar algo como probado, es decir, cuándo la relación entre la prueba y las premisas justifica la aceptación de la conclusión como probada, para los propósitos pretendidos.

Ahora bien, se ha señalado que algunos de los problemas de los criterios de suficiencia probatoria tienen que ver, o bien con que las legislaciones procesales actuales –al menos en la tradición continental– no establecen ningún estándar, o bien, que –si lo establecen– la determinación acerca de cuándo algo cuenta como probado, depende exclusivamente de la subjetividad del juzgador. En ambos casos, dicha determinación queda librada al criterio del juez.

Desde el punto de vista epistemológico, se ha criticado la existencia de estándares de prueba subjetivos. Es más, se ha afirmado que un estándar subjetivo equivale a no tener ninguno. Se trata de criterios que no son precisos y que no son objetivos. Desde esta óptica epistemológica, el criterio para evaluar negativamente a los estándares subjetivos tiene que ver con el fin institucional de averiguación de la verdad (y prevención del error) presente en el proceso. Un estándar de estas características no garantiza aquella finalidad.

En este trabajo intentará realizarse un acercamiento conceptual a la noción de estándares de prueba y al lugar que ocupan en el contexto de la decisión judicial, particularmente, en la fijación de la llamada premisa fáctica. En segundo lugar, intentará mostrarse el carácter problemático de asumir estándares probatorios que descansan exclusiva o preponderantemente en la subjetividad del juzgador.

1. Justificación de la decisión judicial y fijación de la premisa fáctica

En el Estado contemporáneo, las controversias jurídicas sobre conflictos de intereses o la determinación de procedencia de sanciones se resuelven mediante la adopción de decisiones que culminan en las llamadas “sentencias judiciales” (Rodríguez, 2017). La sentencia, a su vez, constituye la culminación de un proceso. Se trata del proceso judicial, cuya “función principal [es] la determinación de la ocurrencia de determinados hechos a los que el derecho vincula determinadas consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho” (Ferrer Beltrán, 2003).

A nivel general, se han efectuado una serie de consideraciones acerca de cómo quien determina hechos, vincula consecuencias y las impone, debe tomar sus decisiones. En otras palabras, aquellas consideraciones indagan acerca de la posición

¹ Se utilizarán ambas expresiones de manera indistinta a lo largo del trabajo.

del juez ante la ley y cuáles son los valores que éste debe realizar. Al respecto, se han identificado al menos tres posiciones que responden a esos interrogantes (Wroblewski, 2013).

La primera de esas posiciones es la llamada "*ideología de la decisión vinculada*". Dicha tesis tiene sus orígenes en las ideas políticas del Estado liberal del siglo XIX y en el desarrollo del positivismo jurídico. Sus bases, sin embargo, son previas, y se relacionan con la idea de separación de poderes. En efecto, el rol de jueces tiene que ver con la preservación de la libertad a través de la aplicación del derecho. En este contexto, el juez es la "boca de la ley", y por ello, sus decisiones están determinadas por esas leyes. Dichas decisiones son el resultado de inferencias lógicas, mecánicas y automáticas. Por ello, se ha comparado al rol del juez con el de un ordenador que transforma reglas abstractas en decisiones concretas.

La tesis de la decisión vinculada se basa en el supuesto de que el sistema jurídico es completo, cerrado y no contradictorio. De este modo, la interpretación que los jueces realizan se encuentra gobernada por las reglas de la lógica formal. De tal manera, si la decisión judicial está determinada por la ley, entonces se trata de decisiones seguras y estables que promueven la libertad como valor político.

La segunda de las posiciones se ha denominado "*ideología de la libre decisión judicial*". Esta posición nace como reacción de la tesis de la decisión vinculada y se caracteriza por ser antiformalista. Para esta tesis, las leyes no pueden determinar las decisiones judiciales, por cuanto las leyes solo trazarían directrices que definen los límites de actuación del juez, pero no determinan sus decisiones. Por otro lado, porque las reglas jurídicas no poseen un sentido único y el sistema que conforman no posee las características de excelencia que le atribuye el positivismo.

Esta tesis postula que los razonamientos del juez en realidad son aparentes, y sirven para ocultar sus valoraciones y elecciones. Se trata de racionalizaciones *ex post* de las elecciones del decisor. En consecuencia, el juez crea el derecho. El derecho jurisprudencial constituye una categoría aledaña a la del derecho creado por el legislador.

De acuerdo con Wroblewski (2013), esta posición tiene dos variantes. La variante radical subestima el papel de las leyes como justificación de la decisión. Ésta es más bien adoptada de manera emotiva dependiendo de las intuiciones que el caso suscite, y en base a las valoraciones del juez. La variante moderada, por su parte, no niega la importancia de las leyes ni de la existencia de un sistema jurídico estable y previsible. Esta variante subraya el papel creador del derecho por parte del juez. Cuando la ley no baste, el juez debe buscar la solución en otras fuentes. Lo que ocurre, es que en general las leyes son insuficientes, por eso, el papel creativo del juez resulta frecuente.

La tercera de las posiciones es la "*ideología de la decisión legal y racional*". Ha sido caracterizada como un compromiso entre las posiciones descritas precedentemente. Esta tesis valora positivamente el papel de la legalidad y afirma la racionalidad de la decisión. Postula que el proceso psicológico de la decisión no puede identificarse con la justificación de la decisión. En este sentido, se ha dicho que la polémica entre la posición de la decisión vinculada y la de la libre decisión "se ha

desarrollado sobre la base de una confusión entre el plano lógico y el plano psicológico” (Rodríguez, 2017).

La tesis realista o de libre decisión “habría acertado en remarcar, desde el plano psicológico, los factores que motivan causalmente las decisiones judiciales. Los motivos por los que un juez llega a adoptar una cierta decisión pueden ser muy variados... [sin embargo] no justifican su decisión, sino que a lo sumo sirven para explicar por qué resolvió como lo hizo. En otras palabras, son razones motivadoras, pero no justificatorias” (Rodríguez, 2017).

La tesis de la decisión vinculada, por su parte:

Habría puesto el acento en el plano lógico, resaltando la relación que media entre las normas generales utilizadas como premisas en los considerandos y el contenido de la decisión adoptada como conclusión.

Solo un conjunto de normas generales puede ser utilizado para justificar una decisión judicial. Y aunque pueda ser cierto que los jueces primero toman sus decisiones y luego buscan justificarlas, esa prioridad temporal no afectaría la prioridad lógica del fundamento con respecto a la resolución. De manera que, pese a las apariencias, las principales ideas de ambas concepciones resultarían perfectamente compatibles. (Rodríguez, 2017).

El contraste, en este punto, entre la posición realista o de libre decisión, y la tesis de la decisión racional tiene que ver con qué es lo que se entiende por “motivar” la decisión judicial. Mientras que para la primera supone expresar lingüísticamente los motivos que llevaron al resultado –es decir, explican la decisión–, para la segunda, una decisión motivada es aquella que cuenta con las razones que la justifican (Ferrer Beltrán, 2011). En este contexto, la tesis de la decisión legal y racional afirma precisamente, que la decisión judicial debe hallarse justificada en normas jurídicas válidas, hechos probados, razonamientos y valoraciones (Wroblewski, 2013).

Una aclaración necesaria en este punto, es que la justificación no atañe solamente a la decisión judicial con la que termina el proceso, sino que, a lo largo de éste, el juez adopta una serie de decisiones fundamentales que deberían hallarse justificadas. Precisamente la idea de justificación supone la construcción de un razonamiento que arriba a una conclusión basándose en premisas que exigen la toma de decisiones (Rodríguez, 2017). Una de ellas es la fijación de la *quaestio iuris* o premisa normativa del razonamiento y la otra es la que tiene por objeto a la *quaestio facti* o premisa fáctica, las cuales a su vez involucran otra serie de decisiones internas (Redondo, 2009)².

² Entre las decisiones relativas a la premisa normativa, se encuentran la identificación de las fuentes, de las normas relevantes y de su interpretación, y la solución de lagunas y antinomias, entre otros. Entre las decisiones relativas a la premisa fáctica, se encuentra la admisión de pruebas, la determinación de su relevancia o los juicios que han de considerarse probados.

En el estado actual de la teoría de la decisión judicial, el deber de los jueces de justificar sus decisiones no se halla controvertido. De alguna manera, el desarrollo teórico en la materia ha cristalizado los aportes de las posiciones divergentes sobre el punto y se ha asentado en la postura sobre la decisión legal y racional.

En lo relativo al tópico de la justificación, se ha distinguido entre justificación interna y justificación externa de la decisión. De este modo, se ha señalado que las decisiones deben fundarse en argumentos formalmente adecuados, y que dichos argumentos deben ser sustancialmente correctos. La justificación interna hace referencia, precisamente, a la adecuación formal de los argumentos y la justificación externa a la verdad o adecuación material de las premisas que conforman aquellos argumentos³. Tanto uno como otro tipo de justificación son necesarios para afirmar que el contenido de una decisión se halla adecuadamente justificado (Redondo, 2009).

Desde otra perspectiva, resulta relevante, para la justificación de la decisión judicial, el modo en que se entiende el proceso judicial en su conjunto. Por ende, se ha afirmado que el proceso tiene como objetivo central la búsqueda de la verdad. Ello se da en dos sentidos: en relación a los hechos que se deben juzgar, y en relación al derecho que se debe aplicar. Esta manera de concebir al proceso se ha denominado “paradigma cognitivista” del proceso judicial.

El paradigma cognitivista supone que tanto la premisa normativa como la premisa fáctica del razonamiento judicial son el resultado de una decisión adoptada por el juez, y a la vez, que ambas están guiadas por un objetivo epistémico. En el primer caso, conocer el derecho aplicable; en el segundo, los hechos en discusión. De tal modo, aunque tanto la respuesta a la *quaestio iuris* como a la *quaestio facti* posean un componente decisional y volitivo, ambas “deben ser justificadas sobre la base de criterios de racionalidad epistémica” (Redondo, 2009).

Diversos autores han estudiado lo referido a la justificación de la premisa normativa de la decisión judicial. Sin embargo –como se ha afirmado–, la decisión sobre la premisa fáctica ha sido –sobre todo en los sistemas de tradición romano-germánica– (Vázquez, 2013) una cuestión de conciencia efectuada sin referencia a pauta o regla. No ha existido, en este contexto, una auténtica cultura de la justificación en materia de hechos, y el control de las instancias jurisdiccionales sobre el punto ha sido más bien poco exigente (Andrés Ibáñez, 2009).

A la vez, se ha advertido “una curiosa combinación de formalismo respecto de las normas y escepticismo acerca de las posibilidades de alcanzar conocimiento de los hechos mediante la prueba en el proceso judicial” (Ferrer Beltrán, 2011). Por ello, cierta influencia –consciente o inconsciente– del realismo ha llevado a renunciar a la pretensión cognitivista del proceso en materia de hechos. En este sentido, se ha dicho que “la palabra ‘prueba’ identifica (...) al (...) estado psicológico de convencimiento del juez sobre la veracidad de todos o algunos de los hechos alegados por las partes. En efecto, una afirmación de hecho no estará ‘probada’ (...) si finalmente (...) no excita en el juez la certidumbre de la realidad física del acontecimiento descrito en esa afirmación” (Cabañas, 1992).

³ En el caso de la premisa fáctica, podría afirmarse que se halla externamente justificada, aunque sea falsa, si es la más probablemente verdadera, a la luz de las pruebas disponibles y lo es al nivel del estándar de prueba aplicable.

Sin embargo, además de que la necesidad de justificación de las decisiones judiciales tiene su origen inmediato en ciertos textos legales o constitucionales⁴, “la exigencia de justificar el contenido de las decisiones que identifican los hechos y las normas jurídicas es justamente la exigencia de mostrar cuáles han sido las bases de tales decisiones” (Redondo, 2009). Precisamente, en virtud de tales bases es posible realizar un control y evaluación de la decisión.

En este sentido, se ha dicho que la idea de justificación es relacional. Comprende una relación entre razones y normas, acciones o creencias. El deber de justificar “que se exige a los jueces no puede consistir en otra cosa que en mostrar que existe una relación de este tipo entre alguna razón o razones ‘jurídicas’ y aquello que se justifica” (Caracciolo, 2013). La cuestión acerca de cuáles sean esas razones no depende de los jueces, por cuanto se hallan determinadas por el derecho objetivo.

De esta manera, la justificación de la determinación de la premisa fáctica de la sentencia involucra una serie de razones jurídicas. Se trata de las normas que regulan la actividad probatoria, los medios de prueba y el resultado probatorio (Ferrer Beltrán, 2007). En el primer caso, se trata de las normas que “establecen el momento en que se inicia la fase de prueba y en el que finaliza, los momentos procesales en que pueden y/o deben proponerse las pruebas para su admisión, los sujetos a quienes corresponde realizar esa proposición, etc.” (Ferrer Beltrán, 2007).

En el segundo caso, las normas jurídicas hacen referencia a la admisibilidad de ciertos medios de prueba, y en el tercero, las normas indican “al órgano decisor qué resultado debe extraer a partir de la presencia en el expediente procesal de algún medio de prueba específico o bien le concede libertad jurídica para que valore los elementos de juicio que tenga disponibles” (Ferrer Beltrán, 2007).

Respecto de las reglas que regulan el resultado probatorio, pueden distinguirse, a su vez, dos tipos. Uno de ellos tiene que ver con las llamadas “reglas de prueba tasada”. Estas reglas “prescriben al juez lo que debe declarar probado cuando disponga de un determinado elemento de juicio en el proceso” (Ferrer Beltrán, 2003). La justificación de la decisión sobre el resultado se dará entonces, por el cumplimiento de lo dispuesto en esas reglas.

El otro tipo de reglas establece un marco decisorio más amplio y recepta el llamado “principio de libre valoración de la prueba”. La recepción de este principio ha sido interpretada de –al menos– dos maneras. Una de ellas lo ha asimilado a indeterminación, en cuyo caso el juez gozaría de una total libertad para determinar el resultado probatorio. De algún modo, ello supondría cierta alineación con la postura de libre decisión judicial, descripta previamente.

La otra manera de interpretar la recepción de ese principio tiene que ver con admitir que el juez es libre para valorar la prueba en el sentido de que no hay reglas jurídicas expresas que impongan un resultado determinado. Sin embargo, no equivale a una indeterminación radical en el accionar del juez, por el contrario, la valoración del juez está limitada por las reglas de la lógica y la racionalidad. De tal manera, la

⁴ Por ejemplo, el artículo 155 de la Constitución de la Provincia de Córdoba establece el deber de los magistrados de resolver las causas con fundamentación lógica y legal.

justificación de la decisión sobre los hechos, en este contexto, es epistémica o racional (Ferrer Beltrán, 2003).

Además de ser relacional a razones jurídicas, la justificación de la premisa fáctica de la decisión judicial lo es respecto de un conjunto de elementos de juicio. Este conjunto de elementos se conforma por los medios de prueba admitidos y practicados en el proceso judicial. En consecuencia, si varía el conjunto de elementos de juicio, puede variar el resultado probatorio (Ferrer Beltrán, 2003).

Una decisión justificada sobre los hechos debe versar sobre los elementos de juicio incorporados al proceso. A su vez, la premisa fáctica de la decisión debe ser verdadera, es decir, que debe corresponderse con los hechos del mundo. Al respecto se ha afirmado que “la verdad del enunciado que se declara probado no depende de los elementos de juicio disponibles, sino de su correspondencia con el mundo” (Ferrer Beltrán, 2003).

Ello se explica por medio de la distinción entre el acto de la decisión y su contenido. La decisión acto estará justificada si la proposición fáctica se encuentra probada, es decir, si hay en el expediente judicial elementos de juicio suficientes que la respalden. La justificación de una decisión en cuanto acto, no depende de relaciones lógicas entre normas y actos, o actos y proposiciones, sino del cumplimiento de las reglas que regulan ese acto. En cambio, el contenido de la decisión, solo estará justificado si es verdadero (Ferrer Beltrán, 2003)⁵.

De lo expuesto, surge el deber que tienen los jueces de justificar las decisiones judiciales sobre los hechos, tanto como deberían justificar la decisión sobre la *quaestio iuris*. La determinación y justificación de esta premisa del razonamiento judicial no solo es crucial para activar la aplicación de razones jurídicas al caso, sino que su corrección define, finalmente, la suerte de los procesos judiciales. Ello hace que la idea de justificación forme parte del llamado “derecho a la prueba”, como parte del derecho de defensa (Ferrer Beltrán, 2003).

2. Un acercamiento conceptual a los criterios de suficiencia probatoria

Se han identificado al menos tres momentos en que puede dividirse la actividad probatoria en el proceso judicial. El primero de ellos tiene que ver con la formación del conjunto de elementos de juicio, aquí adquieren importancia las nociones de relevancia y admisibilidad probatoria. El segundo momento tiene que ver con la valoración de la prueba: se valora el apoyo empírico con que cuentan las diversas hipótesis fácticas disponibles. Se trata de una valoración *in itinere* que procura subsanar deficiencias en relación al peso o riqueza del conjunto de elementos de juicio (Ferrer Beltrán, 2007).

El tercer momento de la actividad probatoria tiene que ver con la decisión sobre los hechos probados. Una vez que se cuenta con todos los elementos de juicio, y que estos han sido valorados, en este momento, se debe tomar una decisión acerca de

⁵ Esta distinción explica, por ejemplo, el caso de la decisión judicial en que una persona resulte condenada, aunque sea inocente. El acto de la decisión condenatoria se encuentra justificado, a partir de las reglas que lo rigen y sobre la base de los elementos de juicio disponibles, pero a su vez, el contenido de la decisión no se corresponde con los hechos del mundo.

si una hipótesis sobre los hechos se encuentra probada. Precisamente, para dar por probada una hipótesis es necesaria la existencia de un baremo que determine el grado de probabilidad suficiente para tener por probada una hipótesis fáctica (Ferrer Beltrán, 2007).

Es en este tercer momento de la actividad probatoria donde los criterios de suficiencia probatoria juegan un papel importante. Ello por cuanto el estándar permitirá determinar el grado de prueba mínimo para “tener probado que p ” (Vázquez, 2013). Se ha dicho que el estándar es un “umbral” a partir del que se acepta una hipótesis como probada (Coloma Correa, 2016). También se las ha comparado con “grados de aval”, esto es: “si las pruebas presentadas avalan al grado requerido la(s) proposición(es) en cuestión” (Haack, 2013). A su vez, se los ha calificado como “prototipos”, en cuanto permiten determinar si determinado ejemplar pertenece o no a una categoría dada (Coloma Correa, 2016).

La decisión de dar por probado un hecho en sede judicial supone la conjunción de tres elementos. Por un lado, un *contenido*, es decir, aquello afirmado por las partes. Por otro lado, una *actitud*, o sea, la aceptación o rechazo de lo afirmado. Y finalmente, un conjunto de *razones* que sustentan la actitud adoptada. Los estándares de prueba cumplen un rol fundamental en la adopción de actitudes. Dirimen si determinados casos poco claros deben ser situados o no en la categoría de hechos probados (Coloma Correa, 2016).

Desde el campo de la epistemología, se ha propuesto un ejemplo que resulta útil en este punto. En el contexto 1, “Miguel y su mujer van el viernes al banco a ingresar dinero. Como hay mucha cola, Miguel dice: ‘Ya vendré yo mañana’. Su mujer le dice: ‘Quizá el banco no abra mañana. Muchos bancos están cerrados los sábados’. Miguel responde: ‘No; sé que estará abierto: vine un sábado hace dos semanas, abren hasta mediodía’” (Grimaltos, 2009).

En el contexto 2, Grimaltos refiere:

Es necesario ingresar el dinero antes del lunes, ya que entonces pasarán al cobro unos talones que han firmado; si el lunes no están ingresados los fondos, tendrán verdaderos problemas. Como en el contexto 1, hay mucha cola y Miguel dice que volverá al día siguiente. Su mujer le recuerda que si no ingresan el dinero antes del lunes tendrán problemas y le dice: ‘Los bancos cambian sus horarios. ¿Sabes que el banco abrirá mañana?’. Miguel, que está tan convencido como antes de que el banco abre el sábado, contesta: ‘Bueno, no. Mejor nos quedamos e ingresamos el dinero hoy’.

En el ejemplo, la evidencia a favor de la creencia de Miguel es la misma en ambos contextos. Sin embargo, si bien es suficiente para considerarla justificada en el primer caso, no lo es en el segundo. El umbral de suficiencia es distinto en las hipótesis planteadas y depende del contexto, al respecto se ha distinguido entre creencia y aceptación. Lo que el sujeto cree tanto en uno como en otro contexto se halla igualmente justificado. No obstante, el grado de justificación de la creencia en el

contexto 1 es suficiente para aceptarla –y obrar en consecuencia–, mientras que no es suficiente para aceptarla en el contexto 2 (González Lagier, 2018).

En el contexto del proceso judicial, la fijación de diversos umbrales de suficiencia para tener por probada una hipótesis depende de reglas procesales que establezcan en qué casos esos umbrales serán más o menos elevados. “La definición concreta de cada estándar de prueba presupone una decisión valorativa que corresponde hacer al poder legislativo” (Ferrer Beltrán, 2013). Sobre ello se ha dicho que la existencia de estándares de prueba tiene que ver con dos fines generales que subyacen a ellos y los animan. Se trata de la idea de corrección de la decisión sobre los hechos y la distribución del riesgo de error (Pardo, 2013).

En relación a esos fines, y especificando su contenido, se han agrupado los usos de los estándares de prueba en torno a tres “macro-usos” esperables. El primero de ellos tiene que ver con la “*determinación de la cantidad de errores esperables del sistema de adjudicación*” (Coloma Correa, 2016). Esto orienta a las partes acerca de cómo participar en el litigio, cuánta prueba producir y cómo argumentar a partir de la prueba disponible.

El segundo de los macro-usos consiste en la *distribución del riesgo de error entre las partes*. En este sentido, los estándares de prueba presuponen “una decisión de política pública sobre el beneficio de la duda que se pretende dar a cada una de las partes implicadas” (Vázquez, 2013). Un estándar poco exigente aumenta la probabilidad de error. Esto es, dar por probados hechos respecto de los cuales las pruebas no han sido especialmente fuertes. En cambio, un estándar exigente disminuye la probabilidad de dar por probados hechos que no han ocurrido. En el primer caso, la distribución favorece a los demandantes, en el segundo, a los demandados (Coloma Correa, 2016)⁶.

Además, este segundo gran uso de los estándares determina las opciones en competición en la decisión probatoria. Así, una de estas opciones puede ser “probada la conducta X versus no probada la conducta X”. La otra puede ser “probada la conducta X versus probada la conducta no X”. En el primer caso, la insuficiencia de la prueba para dar por probada la conducta hace que el restante polo de la decisión deba tenerse por probado (Coloma Correa, 2016). En el segundo, “la parte que no soporta la carga de prueba debe debilitar el punto de vista rival y, a la vez, construir un relato alternativo” (Coloma Correa, 2016).

El tercero de los macro-usos tiene que ver con la forma que adoptan los hechos probados. Por un lado, los estándares de prueba “influyen en la clase de razonamiento que las partes y los jueces adoptan para conectar la prueba disponible y la conjetura que se somete a contrastación” (Coloma Correa, 2016). Así, dependiendo del estándar particular de que se trate, el análisis de suficiencia de la prueba podrá efectuarse de manera atomística y considerarse cada una de las conjeturas y su

⁶ Se ha advertido una diferencia entre los estándares que guían la decisión acerca de la *quaestio facti* y los que se aplican a la resolución de la *quaestio iuris*. Los estándares que indican qué juicios fácticos han de considerarse probados pueden alcanzar múltiples objetivos, no solo el de alcanzar la verdad. Tal como sucede con el exigente estándar “más allá de toda duda razonable” aplicable a los procesos penales. En cambio, en el caso de la *quaestio iuris*, la pretensión cognoscitiva tiene prioridad en el sentido de que primero es preciso determinar cuál es el derecho que debe aplicarse al caso (Redondo, 2009).

respaldo probatorio de manera independiente, o podrá realizarse de manera holística y apelar a las variables argumentales como una red (Coloma Correa, 2016)⁷.

A modo de ejemplo, en el ámbito del derecho procesal civil de la Provincia de Córdoba, uno de los institutos que precisa de un criterio es suficiencia probatoria es el del Beneficio de Litigar sin Gastos. En efecto, según el art. 105 del Código Procesal Civil y Comercial, “el tribunal resolverá acordando el beneficio o denegándolo”. No obstante, la regulación legislativa no establece ningún estándar de prueba preciso, de modo que el juez carece, en este punto, de una regla respecto de la cual determinar si las pruebas incorporadas son suficientes para dar por probada la hipótesis de carencia de recursos alegada por quien peticiona el beneficio.

La existencia de esa regla es importante, entre otras cosas, porque –en el caso de este instituto en concreto– influirá en la distribución de riesgo de error que repercute en el acceso a la justicia del peticionante y/o en los recursos que el sistema judicial percibe en materia de tasa de justicia.

Efectuadas las consideraciones precedentes surge el interrogante acerca de cuántos y cuáles son los estándares de prueba. Un primer criterio para responder ha sido la distinción entre casos civiles y penales. Sobre los primeros se ha señalado que la decisión acerca de los hechos “debe determinar si el demandante ha probado todos los elementos del *probandum* final a través de prueba preponderante o de mayor peso o si, en una comparación de probabilidades, es más probable que los elementos del *probandum* final sean verdaderos a que no lo sean” (Anderson, Schum, y Twining, 2015). Respecto de los casos penales, “quien decide sobre los hechos debe determinar si la evidencia prueba los elementos del delito y la culpabilidad del demandado más allá de toda duda razonable” (Anderson et. al., 2015).

La respuesta también tiene que ver, de algún modo, con las tradiciones jurídicas y los lugares donde se ha desarrollado el derecho probatorio. Así, respecto de los países de tradición romano germánica se ha señalado el escaso desarrollo y conciencia sobre la importancia de los estándares de prueba (Vázquez, 2013). Por el contrario, el desarrollo de los estándares ha sido más fuerte en los países anglosajones –de donde los países de tradición continental han reflejado los posibles desarrollos–.

En la práctica contemporánea del derecho probatorio es posible distinguir, al menos, tres estándares fundamentales: “más allá de toda duda razonable”, “preponderancia de la prueba”, y “prueba clara y convincente” (Vázquez, 2013).

El estándar de “*más allá de toda duda razonable*” está estrechamente ligado al proceso penal. A pesar de su vaguedad, se ha definido de diversas maneras como:

‘La duda que tendría una persona razonable después de haber ponderado todas las pruebas’, ‘estado del juicio en que los jueces o jurados, después de comparar y considerar a cabalidad todas las pruebas del caso, no pueden afirmar que no tienen la convicción pertinaz sobre la verdad del cargo’, o ‘la clase de duda que haría vacilar a

⁷ Según el autor citado, el primer caso está relacionado con el estándar “más allá de toda duda razonable”, y el segundo, con el de “preponderancia de la prueba”, que serán desarrollados luego.

cualquier persona razonable a actuar en consecuencia'. (Lillquist, 2010).

La razón de su existencia es ético-política y busca que:

El juez penal solo pueda condenar al imputado cuando se haya alcanzado –o por lo menos esté por alcanzarse– la ‘certeza’ de su culpabilidad, mientras que el imputado deberá ser absuelto en todos los casos en los que, a pesar de las pruebas en su contra, siga habiendo, una duda razonable acerca de su culpabilidad, o sea una duda sobre la eventualidad de que éste sea inocente. (Taruffo, 2010).

Desde la óptica de los usos, el estándar de más allá de toda duda razonable, es efectivamente un estándar elevado que tiende a favorecer al imputado en atención a la distribución del riesgo de error. En caso de error sobre la determinación de la prueba de los hechos, este recae en la sociedad y no en el imputado. A su vez, la función de la defensa se reduce a debilitar las razones por las cuales habría que aceptar cierta reconstrucción de los hechos sin que sea necesario construir una narrativa alternativa (Coloma Correa, 2016).

Se ha advertido que, aunque no hay dudas sobre la validez de las razones para adoptar este estándar, hay algunas dificultades para definir analíticamente su significado. Algunos intentos de definición han intentado cuantificar en cifras porcentuales el grado probatorio que corresponde a este estándar, como el que señala que el grado de confirmación debe superar un 95%, y que –entonces– para que la duda sea racional debe superar el 5% (Taruffo, 2010)⁸.

Para Taruffo, los obstáculos para definir analíticamente el estándar deberían llevar a adoptar una de estas conclusiones. Por un lado, la sustitución del criterio de más allá de toda duda razonable por el de certeza, cuasi certeza o altísima probabilidad. Por otro lado, el reconocimiento de que se trata de un concepto indeterminado que el juez concretiza en cada caso particular.

En otros términos:

La determinación precisa de un criterio no puede obtenerse por medio de la lógica del cálculo de probabilidad estadística, y dicha lógica no sirve para decidir en un caso concreto, si las pruebas permiten o no superar el límite mínimo requerido para una sentencia condenatoria. Más bien, parece más razonable recurrir, en estos casos, a la *fuzzy logic*, que permite formular argumentaciones racionales alrededor de conceptos vagos, como el de ‘duda razonable’. (Taruffo, 2010).

El estándar de la “*preponderancia de la prueba*” o “*probabilidad prevalectante*” requiere que: “entre varias hipótesis posibles respecto de un mismo hecho, se deba preferir aquella que está sostenida por un grado relativamente más elevado de

⁸ Susan Haack ha criticado la identificación de los grados de prueba en el derecho con probabilidades matemáticas, por cuanto al ser los primeros grados de aval epistémico, la identificación supondría un tipo de falacia de ambigüedad (Haack, 2013).

probabilidad". De este modo, ante varias hipótesis con valores porcentuales diversos, sería irracional elegir aquella que presenta el menor valor. Si se considera una sola hipótesis, el estándar se especifica en la regla "más probable que no" (Taruffo, 2010).

Este estándar se sustenta en cuatro premisas fundamentales. En primer lugar, la toma de una decisión sobre la prueba de los hechos constituye el resultado de la evaluación de varias hipótesis. En segundo lugar, dicha evaluación ha respondido a criterios de racionalidad. En tercer lugar, se considera racional a la elección de la hipótesis mejor justificada por las pruebas, respecto de las otras hipótesis. Finalmente, en cuarto lugar, el análisis de probabilidad de las hipótesis tiene que ver con el grado de confirmación de su veracidad a la luz de los elementos de juicio disponibles (Taruffo, 2010).

Se ha vinculado al estándar de preponderancia de la prueba con la noción de carga de la prueba. Así, quien tiene esta carga, tiene la obligación de sustentar un nivel de prueba que le brinde plausibilidad a lo que sostiene. A diferencia del estándar de duda razonable, en este caso la parte sobre la que no recae el estándar "debe preocuparse no solo de desvirtuar lo afirmado por la contraparte, sino también de suscitar adhesión a la versión que defiende" (Coloma Correa, 2016).

El llamado estándar de "*prueba clara y convincente*" supone un umbral más elevado que el de la preponderancia de la prueba. A semejanza de aquel, suele ser empleado en casos civiles, pero por la importancia de los asuntos implicados en el proceso suele ser más exigente. A manera de ejemplo, se ha señalado que:

En los juicios donde la secuela para la demandada no es solo jurídica (un fallo desfavorable), sino que también social, como ocurre en la litigación por fraude, o bien, en litigios donde se comprometen las libertades civiles (deportaciones, declaración de interdicción de un familiar, remoción de una licencia médica), así como en las disputas sobre relaciones parentales, la regla $P > 0,5$ [relativa al estándar de preponderancia] no es satisfactoria. (Larrocau Torres, 2012).

En estos casos, la regla probabilística $P > 0,5$ se reformula. Se eleva la exigencia de suficiencia probatoria para el demandante a $P > 0,75$. Ello por cuanto un error en el éxito de este tipo de demandas resulta en un daño mayor para el demandado que para el demandante. Por este motivo, la acreditación fáctica del accionante requiere un nivel de acreditación mayor (Reyes Molina, 2015).

3. El rol de los jueces frente a los criterios de suficiencia probatoria

La tensión entre objetividad y subjetividad es un problema que afecta a la noción de prueba, en general, y particularmente a los criterios de suficiencia probatoria. En efecto, como se ha dicho, la fijación de las premisas del llamado silogismo judicial, involucra a su vez una serie de decisiones intermedias. La tensión aludida se da también en la toma de decisiones sobre la *quaestio facti*. Esto, evidentemente, supone indagar acerca del rol de los jueces en la adopción de esas decisiones.

El subjetivismo en materia de prueba “se caracteriza, en la gran mayoría de los casos, por su asimilación al convencimiento psicológico del juez o del jurado acerca de los hechos ocurridos. Decir, entonces, que un (enunciado que afirma la ocurrencia de un) hecho está probado significa que el juez ha llegado a la convicción de que ese hecho ha ocurrido” (Ferrer Beltrán, 2003). En consecuencia, para esta posición, la noción de prueba se vincula de manera conceptual con la adquisición de cierto estado mental por parte del juez acerca de la ocurrencia de un hecho.

Si esto es así, las exigencias de motivación de la decisión judicial sobre los hechos se debilitan. Ello por cuanto “no parece razonable pedir que se exprese lo que pertenece a los internos procesos psicológicos de convicción, muchas veces parcialmente objetivables, sí, pero también parcialmente pertenecientes al ámbito de lo inefable” (De la Oliva, 2002). De esta manera, lo único que podría esperarse del juez es que exprese las causas que lo condujeron a determinado subjetivo, pero –como se ha dicho– es algo distinto de justificar una decisión.

Hay al menos dos factores que tienden a sustentar la posición subjetivista en el ámbito de la prueba. El primero de ellos tiene que ver con los paradigmas de decisión judicial en materia de hechos. Uno de estos modelos de decisión tiene que ver con la “teoría de la libre valoración de las pruebas” o de la “convicción íntima del juez”. Esta posición se caracteriza por los siguientes elementos:

- (a) el tribunal debería determinar la ‘verdad objetiva (material)’;
- (b) para este fin debería usar todos los medios para obtener el conjunto de enunciados de evidencia relevantes;
- (c) se valora la evidencia al margen de cualquier norma jurídica, de acuerdo con las reglas aceptadas por la ciencia empírica y la experiencia común. (Wroblewski, 2013).

Frente a esa posición se encuentra la llamada “teoría legal de la prueba jurídica”, que se caracteriza por las siguientes notas:

- (a) el tribunal debe determinar ‘la verdad judicial (formal)’;
- (b) debe usar las reglas de evidencia jurídica y otras reglas no excluidas por el derecho;
- (c) las reglas de evidencia jurídica determinan qué hechos han de tomarse como demostrados cuando el acontecer de otros factores está o no demostrado.

La posición que acude a los estados mentales del juez, para sustentar la decisión judicial sobre los hechos, se enrola en el modelo de decisión judicial que se basa en la *íntima convicción*. Como se señaló, esta posición no se caracteriza por una estricta adhesión a reglas jurídicas en materia de prueba, sino solo a reglas lógicas o de experiencia. Si lo determinante es el estado de convencimiento subjetivo del juez, entonces el rol del abogado en el proceso tendrá que ver con el uso de instrumentos retóricos “para influir en la formación de la percepción del juez” (Taruffo, 2010).

El segundo de los factores que tiende a favorecer el subjetivismo en el ámbito de la prueba tiene que ver con la idea de que la prueba debe ser preponderantemente libre y que cualquier injerencia del derecho en general, y del procesal en particular debe

ser eliminada. También la valoración de la prueba debe ser seguir esa metodología y atender a las circunstancias del caso (Ferrer Beltrán, 2013).

Esta posición “abolicionista” del derecho probatorio, ha gozado de una amplia difusión tanto entre los sistemas de *common law*, como de *civil law*. Así, en el ámbito de la doctrina procesalista continental se ha expresado que “la prueba es libertad; y en el momento en que el derecho intenta someterla a norma rígidas, deja de ser prueba, para convertirse, si no en una caricatura, en algo que ya no es prueba” (Sentís Melendo, 1979).

Este problema genérico de la prueba jurídica se expresa en el caso particular de los criterios de suficiencia probatoria. Así, por un lado, se señalado que precisamente el lenguaje de dichos estándares de prueba incluye algunos elementos subjetivos. Por ejemplo, hablar de “cargas de persuasión” (Allen, 2013) como el contexto en el que se ubican los estándares de prueba, o la idea de “duda” en el estándar de “más allá de toda duda razonable”, son elementos que parecieran remitir a cierto estado psicológico del juez acerca de cuándo éste considera a un hecho como probado (Haack, 2013).

En términos generales, el problema de la subjetividad en los estándares de prueba ha tenido que ver, o bien con que no existen –es decir, no hay regla que oriente al juzgador acerca de cómo decidir si se considera una hipótesis como probada–, o bien con ciertas formulaciones imprecisas. Esa imprecisión, sumada a la vigencia de la idea de libertad –entendida como indeterminación– o íntima convicción en materia de prueba, han llevado a que, finalmente, el estándar de prueba sea parasitario del nivel de confianza del juzgador (Laudan, 2005).

Por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se limita a señalar que “salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica” (art. 386)⁹. Ciertamente, como se señaló, la remisión a las reglas de la sana crítica supone un respeto del juez a las reglas de la lógica que debería poder controlarse por medio de los fundamentos de la sentencia. Sin embargo, de la disposición transcrita no surge algún umbral al que el juez pueda recurrir para considerar cierta hipótesis como probada¹⁰, y ello, supone una remisión a la confianza subjetiva del juez a quien le toque decidir el caso. Esto, por supuesto, dependerá de la personalidad y de la situación psicológica del decisor, la que podrá variar tantas veces como decisores haya.

El umbral que finalmente existirá ante los casos de ausencia de estándar, de estándares imprecisos, o de estándares respaldados en la idea de íntima convicción, será la certeza moral del juez sobre la verificación de una hipótesis, de su creencia consolidada, o de su convicción firme sobre el hecho. En este contexto, la confianza subjetiva del juez vendría a preceder e incluso a constituir la prueba. De este modo, el

⁹ El Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba, en un sentido similar, dispone que “salvo disposición legal en contrario, los tribunales formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica” (art. 327).

¹⁰ La referencia del código nacional y el código provincial a una posible disposición legal en contrario, abre la posibilidad de que, en algunos casos, se establezcan criterios legales diferentes a la sana crítica, y ello da lugar a la posible adopción legislativa de estándares de prueba.

estándar de prueba sería finalmente una excusa o un pretexto para tomar una decisión (Laudan, 2005)¹¹.

Respecto del estándar “más allá de toda duda razonable”, Laudan ha criticado que, a raíz de su imprecisión, la determinación de la culpabilidad en un juicio penal en el sistema estadounidense depende de una convicción del jurado. Dicho sistema “no le ofrece al jurado [estándares de prueba] neutrales y objetivos y establece que es la intensidad de su confianza subjetiva en la culpabilidad la que determina si debe condenar o absolver al acusado” (Laudan, 2005).

Esa conclusión podría extenderse a aquellos sistemas penales con una formulación similar, y a aquellos estándares que por su precisión o por su mera inexistencia, terminan atribuyendo la decisión sobre los hechos a un estado psicológico del juez.

Frente a ello, se ha dicho que:

Un estándar de prueba satisfactorio debería, entonces, determinar si el ‘grado de confirmación’ de una hipótesis es suficiente como para aceptarla, y (1) debe hacerlo sin apelar a estados mentales (sino a criterios objetivos), (2) debe ser intencionalmente preciso y (3) debe enfrentarse al problema de que ‘grado de confirmación’ es un concepto gradual (y no cuantificable): sin resolver esta cuestión, no puede servir como ‘umbral’ o criterio de suficiencia. (González Lagier, 2018).

Según González Lagier, las condiciones 2 y 3 aparejan un cierto escepticismo acerca de la posibilidad de reducción de la vaguedad de los estándares, de tal modo de eliminar completamente la discrecionalidad del juez. Sin embargo, respecto de la primera condición ha señalado que no sólo es posible, sino que además es necesario que el grado de confirmación de las hipótesis no depende de un estado psicológico del juez (González Lagier, 2018).

En este sentido, se ha dicho que:

La formulación de un estándar de prueba con el que se quiera cumplir [la función de criterio racional de decisión sobre la prueba] debe (...) evitar vincular la prueba con las creencias, convicciones o dudas del sujeto decisor acerca de los hechos. El grado de corroboración de una hipótesis no depende de la posesión de determinadas creencias por parte del decisor, sino de las predicciones verdaderas que se puedan formular a partir de la hipótesis y de las dificultades para dar cuenta de las mismas predicciones a partir de hipótesis rivales. (Ferrer Beltrán, 2007).

¹¹ Podría afirmarse que el recurso a los estados psicológicos del juez aumenta o disminuye, según la objetividad y la precisión en la formulación del estándar. Uno de los estándares más criticados es el de “más allá de toda duda razonable”.

Una concepción de prueba basada en la subjetividad del juez compromete la idea de control sobre la decisión judicial por cuanto si, en el caso de la *quaestio facti*, lo que constituye esa premisa con las creencias del decisor, no sería posible afirmar que este se haya equivocado en algún caso. Ello por cuanto, afirmar que cierta hipótesis se encuentra probada, sería sostener que determinado sujeto dotado de autoridad cree que determinado hecho ha ocurrido. Si esto fuese así, no podría sostenerse que el juez aplica realmente el derecho, porque mal podría aplicar algo si él mismo constituye la premisa menor del silogismo judicial (Ferrer Beltrán, 2003).

Kramer ha señalado que, en el ámbito epistémico, la idea de objetividad se traduce en la noción de “discernimiento transindividual”. Así, la objetividad epistémica respecto de un fenómeno se expresa en una pronunciada tendencia de los individuos de converger en sus creencias acerca de ese fenómeno (Kramer, 2007). De alguna manera esto supone que el parámetro que genera la adhesión de las creencias es el fenómeno considerado, y no al revés. Por ello, se ha dicho que un estándar de prueba apropiado no depende de una confianza subjetiva en una hipótesis, sino que el estándar indica cuando la confianza subjetiva está justificada de acuerdo a los elementos de juicio obrantes en una causa (Laudan, 2005).

Si el estándar dependiese de la confianza subjetiva de algún sujeto, no hay posibilidad de control intersubjetivo. En cambio, si es posible evaluar la justificación de una creencia o un grado de confianza conforme a ciertos elementos de juicio, bajo la guía de cierto umbral previamente determinado –podría decirse– por la legislación correspondiente.

Si bien se ha indicado que el lenguaje de los estándares contiene ciertos elementos subjetivos, lo cierto es que, a la vez, el lenguaje de los estándares también es – en parte– epistemológico. Por ejemplo, la noción de “razonable” en el estándar de más allá de toda duda razonable, o la referencia a “clara” en el estándar de prueba “clara y convincente”. Esto no quiere decir que el grado de confianza del juez sea irrelevante, pero, a diferencia de lo que propone un modelo basado en la íntima convicción en materia de prueba, el peso de las pruebas es lo principal, y el grado de creencia del juez es lo secundario (Haack, 2013).

En relación a ello, Haack ha afirmado que un adecuado diseño e implementación de los estándares de prueba no tiene tanto que ver con la subjetividad del juez, sino con “lo que es *razonable* creer a la luz de las pruebas presentadas” (Haack, 2013). La idea de razonabilidad es un término con una alta carga de contenido. Sin embargo, dos términos relevantes para el tema que se trata son las nociones de “equilibrio” y “aceptabilidad” (Atienza, 1987). Se trata de que la decisión sobre los hechos sea equilibrada y aceptable en función de los elementos de juicio disponibles, y conforme a los umbrales establecidos para considerar a un hecho como probado.

Pero tanto una como otra noción, no pueden apelar sin más a la subjetividad del decisor. La idea de equilibrio entre dos términos supone, precisamente, contar con un punto de comparación para saber si algo es equilibrado. Igualmente, la idea de aceptación precisa de ese baremo para determinar la aceptabilidad. En ningún caso ese rol podría asumirse autorreferencialmente por el juez. En definitiva, se ha dicho que la tarea del juzgador de los hechos es eminentemente epistemológica: debe determinar

“si las pruebas presentadas avalan al grado requerido la(s) proposición(es) en cuestión” (Haack, 2013).

Conclusión

Se han distinguido, al menos, tres posiciones acerca del rol del juez frente a la ley y sobre los valores que este debe promover. Una primera posición asume que la decisión judicial se halla vinculada y el rol del juez frente a la ley es meramente mecánico. Otra posición asume que la decisión judicial es libre y por tanto la ley no tiene la fuerza como para determinar las decisiones de los jueces. Una tercera posición asume que a la decisión judicial como legal y racional. Esta recoge elementos de las otras posiciones y exige que la decisión de los jueces debe hallarse justificada en normas jurídicas válidas, hechos probados, razonamientos y valoraciones.

La justificación de la decisión judicial tiene un componente “cognitivistista”. Ello por cuanto el proceso tiene como objetivo la búsqueda de la verdad, en un doble sentido: en relación a los hechos que se deben juzgar, y en relación al derecho que se debe aplicar. De tal manera, aunque tanto la respuesta a la *quaestio iuris* como a la *quaestio facti* posean un componente decisonal y volitivo, ambas deben justificarse en base a criterios de racionalidad epistémica.

Aunque la importancia de la justificación de la premisa normativa ha gozado de cierta difusión, ello no ha ocurrido así con la premisa fáctica, sobre todo en los sistemas de tradición continental. Más bien la decisión sobre los hechos ha sido una cuestión de conciencia efectuada sin referencia a pauta o regla. No ha existido una auténtica cultura de la justificación en materia de hechos, y el control de las instancias jurisdiccionales sobre el punto ha sido poco exigente.

En ese contexto se ubica la cuestión de los criterios de suficiencia probatoria. Luego de que –en el marco del proceso judicial– se ha formado el conjunto de elementos de juicio y se ha valorado el apoyo empírico con que cuentan las diversas hipótesis fácticas disponibles, llega el momento de decidir sobre los hechos probados, y es aquí donde entran en juego dichos estándares. En este momento, se debe tomar una decisión acerca de si una hipótesis sobre los hechos se encuentra probada y para ello es necesaria la existencia de un baremo que determine el grado de probabilidad suficiente, a fin de tener por probada una hipótesis fáctica.

Los estándares de prueba permiten determinar el grado de prueba mínimo para “tener probado que *p*”. Por ello se los ha calificado como “umbrales” a partir de los cuales se acepta una hipótesis como probada. También se los ha comparado con “grados de aval”, es decir, si las pruebas presentadas avalan al grado exigido las proposiciones en cuestión. Se los ha calificado, además, como “prototipos”, en cuanto permiten determinar si determinado ejemplar pertenece o no a una categoría dada.

La decisión de dar por probado un hecho supone aquello que han afirmado las partes. Supone a su vez, por parte del juez, una actitud –o sea– la aceptación o rechazo de lo afirmado. Supone, finalmente, un conjunto de razones que sustentan la actitud adoptada. Los estándares de prueba cumplen un rol fundamental en la adopción de

actitudes. Dirimen si determinados casos poco claros deben ser situados o no en la categoría de hechos probados.

Los estándares de prueba muestran al menos tres grandes usos. Por un lado, determinan la cantidad de errores esperables del sistema de adjudicación. Por otro lado, juegan un rol relevante en la distribución del riesgo de error entre las partes. Finalmente, influyen en la forma que adoptan los hechos probados.

En la práctica contemporánea del derecho probatorio, se han identificado al menos, tres estándares de prueba fundamentales: “más allá de toda duda razonable” – predominante en los casos penales–, “preponderancia de la prueba” –predominante en los casos civiles–, y “prueba clara y convincente”. Sin embargo, en esa misma práctica – y fundamentalmente en los sistemas continentales– se ha observado el problema que supone el subjetivismo en materia de estándares. En razón de este, la afirmación de que un hecho está probado significa que el juez ha llegado a la convicción de que ese hecho ha ocurrido. Para el subjetivismo, la noción de prueba se vincula de manera conceptual con la adquisición de cierto estado mental por parte del juez acerca de la ocurrencia de un hecho.

La vigencia del subjetivismo en materia de prueba en general y de estándares de prueba en particular, da como resultado cierto déficit en la motivación de la decisión sobre los hechos. Ello, por cuanto difícilmente puedan expresarse los procesos psicológicos internos que han llevado al juez a adoptar determinada actitud frente a la prueba de los hechos, y de expresarse estos, hay cierta distancia con una genuina justificación de la decisión. En este sentido, se ha señalado que hay al menos dos factores explicativos de la vigencia del subjetivismo. Por un lado, la prevalencia del modelo decisional de íntima convicción. Por otro lado, cierta concepción libre de la prueba que –a diferencia de una concepción racional– tiende a abolir la vigencia de reglas en este campo.

Referencias bibliográficas

- Allen, R. (2013). Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico. En Vázquez, C. (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons.
- Anderson, T., Schum, D.; Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba*. En Carbonell, C.; Agüero, C. (trads.). Madrid: Marcial Pons.
- Andrés Ibañez, P. (2009). Justificación de las decisiones judiciales: una aproximación teórico-práctica. En Redondo, C.; Sauca, J.; Andrés Ibañez, P. *Estado de Derecho y decisiones judiciales*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Atienza, M. (1987). Para una razonable definición de ‘razonable’. *Doxa*, n° 4, pp. 189-200.
- Cabañas, J. (1992). *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*. Madrid: Trivium.
- Caracciolo, R. (2013). El problema de los hechos en la justificación de las sentencias. *Isonomía*, n° 38, pp. 13-34.
- Coloma Correa, R. (2016). Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos. *Discusiones*, vol. 2, n° 18, pp. 23-57.

- De la Oliva, A. (2002). *Derecho procesal penal*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
- Ferrer Beltrán, J. (2003). Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. *Jueces para la democracia*, n° 47, pp. 27-34.
- (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- (2011). Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. *Isonomía*, n° 34, pp. 87-107.
- (2013). La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. En Vázquez, C. (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons.
- González Lagier, D. (2018). ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba, *pro manuscrito*. Girona: Congreso Mundial de Derecho Probatorio, pp. 1-20.
- Grimaltos, T. (2009). Creencia, aceptación y conocimiento. *Episteme*, vol. 29, n° 1, pp. 35-50.
- Haack, S. (2013). El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. En Vázquez, C. (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons.
- Kramer, M. (2007). *Objectivity and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Larroucau Torres, J. (2012). Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, n°3, pp. 783-808.
- Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa*, n° 28, pp. 95-113.
- Lillquist, E. (2010). Teoría de la utilidad esperada y variabilidad en el estándar de prueba más allá de toda duda razonable. En Cruz Parceró, J.; Laudan, L. (comps.), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas.
- Pardo, M. (2013). Estándares de prueba y teoría de la prueba. En Vázquez, C. (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons.
- Redondo, C. (2009). Sobre la justificación de la sentencia judicial. En Redondo, C.; Sauca, J.; Andrés Ibañez, P. *Estado de Derecho y decisiones judiciales*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Reyes Molina, S. (2015). Estándares de prueba y 'moral hazard'. *Nuevo Derecho*, vol. 11, n° 16, pp. 15-35.
- Sentís Melendo, S. (1979). *La prueba*. Buenos Aires: EJEA.
- Taruffo, M. (2010). Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial, en Cruz Parceró, J.; Laudan, L. (comps.). *Prueba y estándares de prueba en el derecho*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, pp. 45-71.
- Vázquez, C. (2013). Presentación. En Vázquez, C. (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons.
- Wroblewski, J. (2013). *Sentido y hecho en el derecho*. J. Igartúa; F. Ezquiaga (trads.). Lima: Grijley.

