

# Estándares de prueba y “moral hazard”

Sebastián Reyes Molina\*

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objeto presentar la problemática de los estándares, desde la perspectiva de la legitimidad, de las decisiones sobre los hechos probados afectadas de errores epistémicos. Postula la idea de que, bajo la noción imperante de los estándares de prueba que hoy se utilizan en los litigios, los jueces pueden ser vistos como “moral hazard” en su tarea de determinación de los hechos en el contexto de un juicio.

**Palabras clave:** moral hazard, valoración de la prueba, estándares de prueba, legitimidad, prueba de los hechos, hechos.

**Abstract:** The following paper aims to present the discussion regarding the standards of proof from a perspective of the fact-finding decision’s legitimacy. It develops the idea that under today’s understanding of the standards of proofs, the judges can be perceived as “moral hazard” in relation with the (lack of) consequences of erroneous decisions regarding the fact finding in a trial.

**Keywords:** moral hazard, assessment of proof, standards of proof, legitimacy, fact-finding, facts.

## 1. A modo de introducción

El presente trabajo tiene por objeto echar luz sobre la problemática de la determinación de los hechos en un juicio y su relación con la legitimación que una sentencia judicial tiene ante los ojos de los operadores jurídicos y los usuarios del sistema. Estas líneas buscan identificar cuáles son los problemas, quizás más apremiantes, a los que la academia y la práctica se deben enfrentar, en lo relativo a los hechos, en un juicio, y enfocarlos desde la perspectiva de la legitimación y aceptación de las sentencias por parte de la comunidad.

En este sentido, la noción de *moral hazard* es central para entender cómo y por qué, sentencias que están afectadas con errores en la determinación de los hechos (y que

por ende supone la aplicación del poder estatal a hechos inexistentes o errados) son igualmente legítimas desde un punto de vista del sistema.

Lo anterior se traduce en que la declaración de hechos probados, llevada a cabo por los jueces de primera instancia, es vista por las cortes superiores como una facultad “privativa” de estos, y en cuanto tal escapan de sus competencias para revisar el fallo en lo referente a la determinación fáctica del litigio. Si el mismo sistema se niega a revisar las decisiones en materia de hechos, entonces se mutila el aparato de control que tanto los operadores jurídicos, que participan en el caso concreto, como la comunidad en la que el litigio se desenvuelve, son titulares dentro del esquema, tanto del Estado de Derecho como del debido proceso.

\* Abogado. Doctorando por la Universidad de Uppsala, L.C.J.S., por la Universidad Austral de Chile. LL.M. por la Università degli Studi di Genova. [sebastian.reyes@filosofi.uu.se](mailto:sebastian.reyes@filosofi.uu.se).

## 2. “Moral hazard”: coordenadas conceptuales

El concepto de “moral hazard” es adoptado desde la disciplina de la economía<sup>1</sup> y alude a la omisión de conductas que previenen riesgos por un sujeto/agente determinado, debido a que el sistema lo protege de las consecuencias de sus errores (Holmstrom, 1979).

La protección otorgada altera la conducta del protegido haciéndolo más proclive a cometer acciones que pongan en peligro el estado de cosas de un determinado sistema (Shavell, 1979). Así, la existencia de “seguros” que cubran las pérdidas (o consecuencias) del comportamiento riesgoso de un agente, configura estímulos para que este no adopte las previsiones necesarias o directamente para que actúe, a su vez, de forma riesgosa (Baker, 1996).

La conducta riesgosa se traduce como “inmoral” entendiendo por esta como un comportamiento contrario a un sistema de reglas que, como comunidad, se ha establecido en orden de asegurar un futuro y una visión común (Baker, 1996). El “moral hazard” tiene incentivos institucionales para actuar sin atenerse a las reglas del sistema, y sustentado solamente en intereses subjetivos. De este modo, “moral hazard” se puede definir como “...el riesgo de que un agente pueda comportarse de forma inmoral ya sea porque el seguro, el derecho u otra agencia lo protegerá de cualquier pérdida que su comportamiento pueda originar” (Žižek, 2009, p.12).

En este sentido, cabe preguntarse si el derecho cuenta con operador u operadores que puedan, eventualmente, ser un *moral hazard*. La pregunta es relevante en la medida en que la sola existencia de un *moral hazard* supone reconocer, a su vez, que el derecho contempla normas que sirven como

salvaguardas para que determinados agentes puedan actuar bajo motivaciones extra-jurídicas o, al menos, la pretensión de “obligatoriedad” del derecho se relativiza debido a la falta de incentivos para actuar, acorde a lo prescrito por este.

En la lógica del Estado de Derecho, lo anterior supone que el poder del estado pueda ser aplicado a las personas con independencia de algunos de los requisitos necesarios para el ejercicio racional y legítimo de la potestad jurisdiccional. Este trabajo analizará la posible existencia de un *moral hazard* en el contexto del litigio y desde una perspectiva del derecho de prueba.

De este modo, cabe preguntar por la determinación de los hechos litigiosos en el contexto del juicio o, lo que es lo mismo, si los jueces están o no constreñidos (hoy por hoy) por algún sistema de reglas que regule o guíe la actividad de averiguación de los hechos que supone la prueba jurídica.

Sostendré que en el proceso judicial, el juez (al momento de determinar qué proposición fáctica ha sido probada y, por ende, a quién corresponderá cargar con las consecuencias jurídicas) es un *moral hazard* en la medida en que el derecho lo protege de decisiones (sobre los hechos probados) eventualmente erradas. La protección a los jueces proviene de una herramienta legal denominada estándar de prueba.

Los estándares de prueba que hoy en día se utilizan en los juicios de las culturas del *commonlaw* *civil law*, permiten que los jueces puedan determinar qué proposición fáctica ha sido probada, no en base a reglas intersubjetivamente controlables sino, en la mayoría de los casos, en base a criterios subjetivos (o al menos que escapan del alcance y control del derecho).

### 3. El “error en el derecho”

Desde la perspectiva del derecho probatorio, hablar de “error en el derecho” es tratar sobre las distintas fuentes y obstáculos que los operadores jurídicos enfrentan en la determinación de los hechos jurídicamente relevantes de un caso concreto<sup>2</sup>. Estos errores son de carácter epistemológico y se configuran de dos formas: dar por probado una hipótesis que es falsa, falso positivo, o dar por no probado una hipótesis que es verdadera, falso negativo (Ferrer, 2007).

La aplicación de consecuencias jurídicas a hechos incorrectos o inexistentes es un problema con el cual día a día la judicatura (o cualquier órgano que ejerza jurisdicción) debe lidiar. Esta tarea, en tanto representa el ejercicio del poder estatal, es de extrema delicadeza en su tratamiento, puesto que supone una de las fundaciones del Estado de Derecho (i.e., ejercicio racional del poder), a *contrario sensu*, estaríamos ante el ejercicio irracional de poder si un Estado determinado comienza a aplicar consecuencias jurídicas a sus miembros, sin ninguna justificación fáctica que la sostenga (Cuono, 2013).

Para evitar la comisión de los errores sobre la determinación de los hechos objetos de litigio, es que el derecho dispone (o debe disponer) de herramientas procesales que permitan reducir y distribuir los errores (Stein, 2005). Estas deben constituir guías para el juzgador, con el fin de que en base a estas se arribe a conclusiones racionales y susceptibles de justificación.

Lo anterior supone, a su vez, que la decisión sobre los hechos sea intersubjetivamente controlable, con el fin de que la decisión

se legitime ante la comunidad y, además, se le otorgue la posibilidad a las partes litigantes de revisar las decisiones judiciales (o de quien corresponda decidir la controversia) que eventualmente puedan estar afectas a estos errores. Esto es armónico tanto con el catálogo de derechos procesales (de nivel constitucional o internacional), que la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales contemplan con la imagen que el usuario tiene del sistema.

Desde la perspectiva del usuario, que una decisión cuente con antecedentes que han ocurrido en la realidad, permite ser aceptada como una decisión “justa” o, al menos, legítima (Taruffo, 2008). En este sentido, la minimización de los errores en la decisión se transforma en un objetivo central de la actividad probatoria. Sin embargo, los errores siempre estarán presentes y, por lo tanto, cabe preguntarse: si estamos en un contexto de incertidumbre, ¿qué errores estamos dispuestos a aceptar?

### 4. Prueba e incertidumbre

El término prueba, si bien es polisémico, “... en el contexto jurídico, identifica los trámites o actividades que se orientan a acreditar o a determinar (en definitiva, a probar) la existencia o inexistencia de hechos relevantes para adoptar la decisión...” (Gascón, 2006, p. 47). Estos hechos se formulan por medio de “proposiciones fácticas” (Damasca, 1975, p. 1086), es decir, enunciados que contienen descripciones de hechos con relevancia jurídica<sup>3</sup>, los cuales son aportados por las partes litigantes al proceso judicial (Ibáñez, 2006).

2 Ya en la primera mitad del siglo XX, Jerome Frank nos advertía de los distintos factores que dificultan la actividad probatoria. En gran medida estas fuentes de error no han cambiado a través de los años y tienen que ver con factores institucionales, psicológicos y cognitivos (Frank, 1949).

3 Para una cuenta de los hechos en el contexto de la prueba ver: González (2000).

Estas proposiciones fácticas tienen pretensiones de verdad, por lo que la prueba presentada por los litigantes para apoyar dichos enunciados busca reconstruir la realidad, de forma tal que el juez aprehenda la información entregada y la interprete en clave, de que los hechos declarados como probados sean hechos que tienen una correspondencia con la realidad.

En este sentido, un juicio es una herramienta epistemológica que busca conocer hechos que, generalmente, son hechos pasados, y que no han sido percibidos directamente por los decisores (Reyes, 2012a). En su calidad de elemento epistemológico, el juicio está orientado hacia la búsqueda de la verdad de los hechos en juicio, en este sentido, la actividad probatoria es una de corte cognoscitivista<sup>4</sup>.

El cognoscitismo, sostiene Gascón (1999) es el

... modelo según el cual los procedimientos de fijación de los hechos se dirigen a la formulación de enunciados fácticos que serán verdaderos si los hechos que describen han sucedido y falsos en caso contrario (...) el objetivo que persigue un paradigma cognoscitivista de fijación judicial de los hechos es, pues, la formulación de enunciados fácticos y verdaderos (...) que sean "fácticos" significa que son

una descripción de los hechos acaecidos; es decir, que el juicio de hecho tiene naturaleza descriptiva (...) que sean "verdaderos" significa que los hechos descritos por tales enunciados han tenido lugar... (pp. 51-53).

Sin embargo, si bien existe una expectativa por parte del usuario del sistema de que este actúe en base a hechos que han ocurrido (u ocurren) en la realidad (Coloma, 2006), alcanzar la verdad absoluta de los hechos discutidos en juicio es una tarea intrínsecamente imposible<sup>5</sup>. Los hechos en un juicio se deciden en un contexto de incertidumbre y, en cuanto tal, el producto de la información recibida por el juez es de carácter inferencial, por lo que no es posible alcanzar la certeza en la decisión (Reyes, 2012a).

Que el juicio es un medio para alcanzar la verdad, no habla de una verdad absoluta sino de una verdad probable<sup>6</sup>. Es decir, una valoración racional de la prueba permitirá acercarse más a la verdad de los hechos sin poder alcanzarla nunca de forma completa. Con todo, la función de averiguación de la verdad se ve menguada cuando reconocemos la existencia de valores no-epistémicos (i.e., derecho de los acusados en el proceso penal, seguridad nacional, protección a la familia, etc.), quasi-epistémicos (i.e., aquellos

4 La búsqueda de la verdad es el elemento central de la postura predominante en la teoría de la prueba jurídica (tanto en la mayoría de los países del *common law* como del *civil law*): la tradición racionalista de la prueba. Si bien la verdad es un elemento central en la noción de la prueba, no es el único: hay valores no-epistemológicos y cuasi-epistemológicos (Laudan, 2005) que también juegan un rol esencial en la determinación de los hechos. Hoy por hoy, si bien los postulados de la teoría racional de la prueba son, en general, aceptados ampliamente por los académicos (Ferrer, 2006; Twining, 2006; Anderson, Schum & Twining, 2005; Taruffo, 2002, 2010, entre otros), aún hay puntos en los cuales no hay acuerdo o esta es deficiente: me refiero a la influencia de elementos normativos en la valoración de la prueba (Stein, 2005; Ho, 2008; Reyes, 2015).

5 El hecho que se busca probar durante el juicio es único e irreplicable, ocurrido en un contexto espacio/temporal distinto al del juicio, el cual no ha sido presenciado por el juez directamente y que a priori este no sabe si ha ocurrido o no en el mundo real. Por tanto, cabe precisar que la decisión final sobre los hechos del caso, es una decisión adoptada en condiciones de incerteza, aunque se encuentra dirigida a la eliminación de dicha incerteza. Esta incertidumbre, es decir, la duda entre verdad y falsedad, caracteriza a los hechos que se proponen al comienzo del proceso.

6 La discusión sobre los distintos modelos de probabilidad (si bien se tratará más adelante de forma general en este artículo) excede los propósitos de este trabajo. Para esto, ver: Ariens (1992).

que distribuyen el error como el *in dubio pro reo*) que también, a veces, priman por sobre el objetivo de la búsqueda de la verdad (Laudan, 2005)<sup>7</sup>.

En este sentido, la pugna de valores contrapuestos que actúan en un proceso judicial supone un obstáculo para la averiguación de la verdad de los hechos en juicio (Damaska, 1998). Desde un punto de vista del juez, el proceso intelectual que este lleva a cabo para poder extraer las conclusiones de la información obtenidas de los medios de prueba, ha sido descrito por la doctrina como un "razonamiento probatorio", al cual se le denomina "inferencia probatoria" (González, 2006, pp. 89-105).

Esta inferencia tomaría la forma de un razonamiento inductivo, el cual, en líneas generales, busca construir, a partir de premisas particulares (información proveniente de los distintos medios probatorios), una conclusión general relativa a un caso concreto. Para estos efectos, siguiendo a González (2006), se utiliza la voz "razonamiento inductivo" de forma general para todos aquellos razonamientos en que, a diferencia del razonamiento deductivo,

...la verdad de las premisas no entraña la verdad de la conclusión, pero es una razón para aceptarla. Si se define a la inducción de esta manera, dentro de los argumentos inductivos podemos distinguir –entre otros tipos– a) la inducción generalizadora, o inducción en sentido estricto; b) la inducción probabilística; y c) la abducción o retroducción (p. 99).

Cuando en este trabajo se hable de razonamiento inductivo, se abarcan todos estos tipos de operaciones.

Por la propia naturaleza del razonamiento inductivo, este nunca podrá dotar sus conclusiones de certeza demostrativa (Accatino, 2010), es decir, las conclusiones siempre serán del estilo "es más probable que haya ocurrido una hipótesis por sobre otra", por lo que siempre existirá un margen de error en la determinación de la hipótesis adoptada como hecho probado. De este modo, el objetivo de la búsqueda de la verdad se traduce en la reducción del error. Para esto, las herramientas procesales, en su calidad de instrumentos epistemológicos, deben asistir al juez para alcanzar la decisión que más cercana se encuentre a la verdad de los hechos y así evitar incurrir en un error (Laudan, 2006), lo que no impide que la decisión final eventualmente no se corresponda con la verdad.

En este sentido, la hipótesis más cercana a la verdad será la que evite uno de estos dos errores<sup>8</sup>. Como el razonamiento probatorio lleva a una "conclusión probable" y no cierta, se debe determinar cuál será el grado o umbral de probabilidad aceptable (suficiencia probatoria) para declarar una hipótesis como probada. Esto es la distribución del error.

7 Otra clasificación de valores no-epistemológicos, que encontramos en Gascón (2006), también reconoce que "...aunque algunas de las reglas jurídicas que gobiernan la prueba tienen como objetivo propiciar la averiguación de la verdad, y en este sentido pueden denominarse garantías epistemológicas, muchas otras (la mayoría) se enderezan directamente a garantizar otros valores, lo que eventualmente puede mermar la consecución de aquel objetivo. Estos valores pueden ser de dos tipos. De un lado, un valor que podríamos llamar *práctico*, por cuanto expresa un rasgo básico del proceso judicial: su finalidad práctica y no teórica. De otro, una serie de valores que podríamos llamar *ideológicos*, por cuanto no son consustanciales a la idea de acción judicial como actividad encaminada a poner fin a un conflicto, sino que forman más bien parte de una cierta ideología jurídica" (p. 52).

8 Lo cual no significa que la hipótesis probada sea, en efecto, verdadera, sino que como sociedad, en el caso de que esta también sea falsa, estamos dispuestos a tolerar ese error.

## 5. Prueba y distribución del error

El trabajo de Alex Stein, en su libro *Foundations of Evidence Law*, permite echar luz a la función principal de las reglas que regulan materias de prueba. En líneas generales, distingue dos áreas en las cuales el derecho probatorio opera. Una es epistemológica y la otra moral. La primera está relacionada con la minimización del error y el aumento de la precisión en la determinación de los hechos. La segunda está relacionada con la distribución del error de la decisión (Stein, 2005).

Para Stein (2005), a diferencia de la postura mayoritaria<sup>9</sup> (i.e., teoría racionalista de la prueba) ambas áreas están unidas. El puente que las conecta es el derecho probatorio. Así, en materia de determinación de los hechos se debe

...contestar dos preguntas fundamentales (...) Primero, ¿cuáles son las probabilidades de que las alegaciones fácticas esgrimidas por los litigantes sean verdad? Segundo, ¿las pruebas en las que se basan estas alegaciones son suficientemente sólidas? La primera pregunta es respondida por la epistemología (...) (p)ara responder la segunda pregunta, el terreno epistemológico es muy estrecho porque siempre la prueba disponible para los decisores es incompleta. Tratar una base de evidencias como suficiente o insuficiente para realizar una estimación confiable de las probabilidades supone la distribución del error de un lado u otro (Stein, 2005, pp. 121-122).

Esta distribución de riesgos tiene por antecedente las condiciones de incerteza en la que los jueces deben manejarse, para decidir sobre qué proposiciones fácticas esgrimidas por las partes habrán de tenerse como probadas, así

Algunos riesgos de error (tales como la condena de un acusado inocente) son potencialmente más dañi-

nos que otros (como dejar libre a un culpable). Luego, la distribución del riesgo de error en la decisión no puede ser fortuita, sino que debe ser producto de una decisión informada y políticamente legitimada. En vez de dejar que el riesgo de error recaiga sobre quienes usualmente cae, el sistema jurídico debe asumir control sobre este riesgo y apuntarlo a la dirección correcta (Stein, 2005, p. 124).

Stein (2005) sostiene que

...los principios epistemológicos sólo pueden ayudar a los decisores a realizar las estimaciones probabilísticas y a determinar su peso relativo. Estos principios, sin embargo, no fijan estándares mínimos con respecto al peso probatorio (...) Tampoco proveen los criterios para distinguir entre el riesgo de error aceptable o inaceptable en su determinación de las probabilidades (...) cualquiera de estas decisiones distribuye el riesgo de error para uno u otro lado y acarrea importantes componentes morales y políticos (pp. 132-133).

Entonces la

...distribución del riesgo de error es una decisión moral que los adjudicadores deben realizar en orden de resolver conflictos sobre hechos que el principio de la mejor evidencia falla en resolver. Una vez más, la moralidad se hace cargo de lo que la epistemología no puede.

Las consideraciones morales que informan las decisiones de distribución de error pertenecen al dominio de la política. Las decisiones de distribución de error que los juzgadores hacen determinan la aplicación del poder estatal en contra de los individuos (...) entonces, es un asunto de moral política y no de moral en general (Stein, 2005, p. 13).

Estas consideraciones morales, sin embargo, no hacen referencia a la moral de los jueces; al contrario, para Stein (2005) las "(c)ontroversias políticas y morales sobre la distribución del error deben ser resueltas por el derecho" (p. 17)<sup>10</sup>. La preferencia por el cómo habrá de distribuirse el error es una

9 La tradición racionalista de la prueba aboga por la "tesis de la separación". En líneas generales, si bien reconoce que hay elementos normativos que actúan en el derecho probatorio, estos no son necesarios para la determinación de los hechos en el proceso debido a que suponen un obstáculo para la averiguación de la verdad (Stein, 2005).

exigencia que puede afrontarse, al menos, desde dos perspectivas. La primera, el fuero interno del juez, en tanto libertad absoluta de decisión. Será este quien determine caso a caso el grado de probabilidad y el nivel de suficiencia requerida por la prueba para acreditar un hecho alegado.

La segunda vía es que la regulación sea llevada a cabo por el derecho. Esta, a su vez, se puede realizar por medio de dos formas. La primera, el derecho puede reconocer y permitir al juez actuar con discrecionalidad para decidir el nivel de suficiencia probatoria requerida para declarar como probada una proposición. La segunda, será el derecho el que esté a cargo de establecer los criterios de suficiencia probatoria que el juez debe verificar, en orden de declarar una proposición fáctica como acreditada.

Desde una perspectiva republicana, será esta última la que se debe adoptar<sup>11</sup>. Este trabajo concuerda con la propuesta de Stein (1997): es el derecho el que debe regular la distribución del error y no el fuero interno de los jueces (ya sea con absoluta libertad o bajo el alero del reenvío de las normas jurídicas), dado que si se presupone que el derecho es la expresión democrática de los valores y políticas de una comunidad determinada, la distribución de qué errores

estamos dispuesto a adoptar representarán las preferencias sociales, legitimando las decisiones de autoridades que no gozan, al menos en los sistemas del *civil law*, de aprobación democrática (i.e., una creación institucional y jurídica como el estándar de prueba será la vía para la distribución del error en materia penal y en materia Civil).

De este modo, el sistema asume la posibilidad (y el riesgo) de la comisión de errores en la determinación de los hechos por parte de los decisores. Sin embargo, existe la posibilidad de elegir qué errores: en el proceso penal es absolver a un culpable y absolver a un inocente, en el proceso civil es conceder la demanda cuando los hechos que contienen son falsos, o rechazarla cuando los hechos son verdaderos (Laudan, ), se van a tolerar y qué errores se quieren evitar por medio de mecanismos de distribución del error<sup>12</sup>.

Uno de estos mecanismos corresponde al estándar de prueba<sup>13</sup>.

## 6. Estándares de prueba

El estándar de prueba puede ser definido como una “...herramienta legal que contiene los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho” (Reyes, 2012b, p. 236). Vale decir, establece el nivel

10 Creo que la propuesta de Stein (en cuanto al rol del derecho en la prueba) es la más apta para explicar, hoy por hoy, el funcionamiento de la prueba jurídica. Su función es la de distribución de los riesgos de error que se pueden cometer al momento de declarar una proposición fáctica como probada y no, como sostiene la teoría mayoritaria, reducir el error y averiguar la verdad.

11 Una actitud prescriptiva de este *paper* es compartir la idea de que la valoración de la prueba debe ser regulada por el derecho. Lo anterior se contrapone a la postura aceptada por la mayoría, de que esta actividad debe estar regulada solamente por las reglas de la razón y los criterios epistemológicos. Lo cierto es que esta no es compartida en la realidad chilena (mi país de origen), la postural predominante en nuestros sistemas procesales (salvo en el civil, que es una mixtura entre sistema legal tasado y sana crítica) es la de libre valoración de la prueba.

12 No se sostiene que el sistema cometerá errores, sino que la posibilidad de equivocarse en un fallo existe a pesar de la toma de todas las medidas para su disminución y distribución.

13 Aquí las posturas entre los estudiosos del derecho se dividen. La mayoría de la doctrina enfoca la distribución del error, mayormente, en la actividad de los estándares de prueba; sin embargo, la doctrina minoritaria (con la que concuerdo) postula que todas (o la mayoría) de las reglas que regulan la prueba sirven para distribuir el error. Ver en este último sentido: Stein (1997, 2005). Sin perjuicio de lo anterior, me enfocaré solo en uno de estos mecanismos: el estándar de prueba.

de suficiencia probatoria requerida para que el juez se encuentre legitimado a expresar que un hecho litigioso está probado. Responde a la pregunta: ¿cuándo la prueba es suficiente para declarar un hecho por probado?

De este modo, esta herramienta legal permite a los decisores

...operar válidamente en contextos de incertidumbre. Esto, por cuanto las decisiones que se lleguen a adoptar en el curso de la adjudicación y que pudieren eventualmente estar afectadas a errores epistémicos, de otras formas podrán ser calificadas como decisiones conforme a derecho (...) los estándares de prueba se hacen cargo de la falibilidad del conocimiento que será utilizado como uno de los pilares de la decisión judicial, indicando que para tratar a las personas atribuyéndoles, por ejemplo, el estatus de ladrón o de buen padre o buena madre, se requerirá alcanzar un cierto nivel de comprobación; la que, en todo caso, nunca será suficientemente fuerte como para despejar toda duda... (Coloma, 2009, p. 211).

Los estándares de prueba se enmarcan en un sistema de libre valoración de la prueba<sup>14</sup>. Sin embargo,

...esta libertad no puede ser entendida como la ausencia de límites sobre los jueces en su proceso de toma de decisión sin sujeción a regla alguna. Sostener tal posición traería como consecuencia que el juez pudiera llegar a la convicción a través de un sistema intelectual particular y subjetivo, pasando a interpretarse la libre convicción como una convicción íntima del juzgador, y por tanto intransferible e incommunicable sobre los hechos que juzga, abriendo la puerta a un sistema subjetivista sobre la valoración de la prueba de pura arbitrariedad judicial (Reyes, 2012a, pp. 236-237).

Así, los estándares de prueba se insertan en una valoración racional de la prueba, dejando de lado

...la imagen subjetivista y puramente potestativa del principio de valoración de la prueba reconociéndose que el descarte de las reglas de tasación legal no implica la exclusión de toda regla, sino más bien la sujeción sólo a los criterios de racionalidad de la epistemología general (Accatino, 2010, p. 145).

De este modo, "...valorar libre y racionalmente consiste, más precisamente, en evaluar si el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por la hipótesis que lo describe a la luz de las pruebas e informaciones disponibles es suficiente para aceptarla como verdadera" (Gascón, 2005, p. 129).

El estándar de prueba permitirá declarar una hipótesis como probada, por medio del establecimiento de un umbral de suficiencia probatoria, el cual, una vez alcanzado, se entenderá que el derecho ha reconocido a la hipótesis favorecida como la más cercana a la verdad y, en este sentido, actuaría como mecanismo de reducción de errores (Ferrer, 2007).

Los estándares de prueba variarán según la "materia" que se discuta: a grandes rasgos, un estándar civil no es el mismo que el penal. El umbral de suficiencia probatoria variará debido a que los intereses jurídicos en juego son de distinta naturaleza. Así, podemos encontrar: en materia civil, la tradición del *common law* ha establecido los estándares de "prueba prevalente", "preponderancia de evidencia" y "prueba clara y convincente" (Larraoucau, 2010, p. 791), y en el proceso penal (tanto en el *commonlaw* como en el *civil law*), el de "más allá de toda duda razonable"<sup>15</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que distinguir entre la operación guiada por criterios

14 A diferencia de un sistema legal tasado, en donde el "peso probatorio" a cada medio de prueba permitido lo asigna el derecho.

15 Por ejemplo en Chile, país del cual provengo, se ha adoptado este estándar de prueba para el proceso penal.

epistémicos que permitirán alcanzar un determinado grado de confirmación de la hipótesis alegada, y el nivel de suficiencia escogido en virtud del cual el error será distribuido. La primera es una operación guiada por criterios epistémicos. La segunda es una operación guiada por la moral política. Ferrer (2007) sostiene que "...la definición concreta de cada estándar de prueba presupone una decisión valorativa que corresponde hacer al poder legislativo (...) la decisión sobre el nivel de exigencia del estándar (...) son decisiones políticas que debe adoptar la sociedad" (pp. 142-143).

Con respecto a la segunda operación, serán la moral pública de una determinada comunidad la cual establecerá el nivel de suficiencia probatoria necesaria para permitir a un juez ejercer el poder del Estado<sup>16</sup>. De este modo

(e) El significado detrás de la noción de distribución del error corresponde a qué errores estamos dispuestos como sociedad a aceptar. Así en el proceso penal, si un falso positivo –condena falsa– tiene un impacto potencial más grave que un falso negativo –absolución falsa–, el riesgo debiera ser distribuido diferenciadamente. Luego, en la medida en que se hace más alto o exigente el estándar de prueba, van a aumentar los falsos negativos y disminuyen los falsos positivos (...) la distribución del error supone una determinada elección político-valorativa sobre la intensidad con que deben ser garantizados los derechos o intereses afectados por cada uno de los errores posibles, es decir, dependiendo de la importancia que se conceda a los derechos o intereses afectados por cada tipo de error, el estándar de prueba será más o menos tolerante con ese tipo de error... (Reyes, 2012a, p. 238).

Una vez alcanzado este umbral de exigencia, el juez se encontraría legitimado para

declarar como probado una proposición fáctica. Es decir, estaría autorizado por el derecho para declarar que "está probado que  $p$ "<sup>17</sup> y luego proceder a aplicar el poder estatal en la forma de las consecuencias jurídicas pertinentes. Sin embargo,

... el cumplimiento del estándar no garantiza la no comisión de errores de ningún tipo. Dado que el estándar es muy exigente, es previsible que se cometan más errores del tipo falso negativo –absoluciones falsas– que del tipo falso positivo –condenas falsas... (Ferrer, 2007, p. 148).

A nivel general, los estándares de prueba cumplen dos funciones: una heurística y una de justificación (Gascón, 2005). La primera supone servir como criterio conforme el juez (o quien deba decidir el caso concreto) deba formular su valoración final sobre los hechos de la causa. La segunda, actúa al momento de la justificación de la decisión del caso. El juzgador debe reconstruir su decisión en base a los criterios presentados por el estándar de prueba, vale decir "... explicitar en la motivación de la sentencia si se cumplen o no, los presupuestos establecidos por el estándar probatorio para sobrepasar el umbral de suficiencia necesaria que permite declarar un hecho como probado..." (Reyes, 2012a, p. 240).

A nivel particular, los estándares de prueba cumplen funciones *intraprocesales* y *extraprocesales*. Las primeras corresponden a las siguientes: 1) distribuyen el error. 2) establecen el *quantum* de prueba (i.e, nivel suficiencia probatoria). 3) tienen una función justificadora (Reyes, 2012a)<sup>18</sup>. La segunda tiene que ver con que los estándares legitiman la

16 La distribución del error supone una determinada elección político-valorativa sobre la intensidad con que deben ser garantizados los derechos o intereses afectados por cada uno de los errores posibles, es decir, dependiendo de la importancia que se conceda a los derechos o intereses afectados por cada tipo de error, el estándar de prueba será más o menos tolerante con ese tipo de error (Reyes, 2012a).

17 Siendo " $p$ " cualquier hecho del mundo contenido en una proposición fáctica alegada.

18 Las denomino *intraprocesales* puesto que (como su nombre lo indica) tienen su impacto en el desarrollo de un proceso judicial.

decisión del juzgador con independencia de su correspondencia con la realidad<sup>19</sup>.

Para que el estándar de prueba realice las funciones deseadas, Bayon (2009) ha postulado que este debe reunir los siguientes requisitos: 1) no debe ser subjetivo (i.e., no debe ir referido a los estados mentales del juzgador), 2) se debe poder controlar intersubjetivamente si se han satisfecho los criterios previstos por este, 3) la proporción de los errores cometidos debe estar acorde a los errores tolerados y no tolerados por el estándar de prueba, y 4) la distribución del error debe ser posible por medio de la prueba rendida en juicio y las inferencias probatorias hechas por el juzgador.

Cabe preguntarse si los estándares de prueba utilizados actualmente en las tradiciones del *civil law* y el *common law* cumplen estas funciones previstas.

## 7. Proceso civil estándar de prueba

En las líneas siguientes, procederé a referirme de forma general a los estándares de prueba utilizados en materia civil por los jueces del *common law*, estos son<sup>20</sup>: estándar de probabilidad prevaleciente, preponderancia de evidencia y el de evidencia clara y convincente (Larroucau, 2012)<sup>21</sup>. Bajo el estándar probatorio de la “probabilidad prevaleciente” una “...hipótesis fáctica debe

preferirse si su probabilidad prevalece sobre la probabilidad de cualquier otra hipótesis, y en particular sobre la probabilidad de la hipótesis contraria...” (Taruffo, 2010, p. 250).

Este estándar (también representado por la regla de “ $P > 0,5$ ”) “...ocupa un lugar de privilegio como umbral de prueba (...) garantiza una distribución igualitaria de los riesgos de errores entre actor y demandado (...) porque minimiza el número de veredictos erróneos de manera igualitaria entre las partes...” (Larroucau, 2012, p. 789).

En este sentido, el estándar de prueba otorgará el estatus de probado a la proposición fáctica que sea “más probable que no” (Larroucau, 2012, p. 790), a la luz de las pruebas rendidas en el juicio será la estimada probada. Lo cierto es que esta le impone una carga de prueba mayor al demandante, puesto que si no supera la probabilidad de 0,5 (en una escala de 0: ignorancia a 1: certeza absoluta) su versión será desechada.

El estándar de prueba de “preponderancia de evidencia” supone establecer una proposición fáctica como probada cuando, a la luz de la evidencia rendida, la ocurrencia de los hechos alegados haya sido más probable que haya ocurrido (nuevamente se reduce a la voz de “más probable que no”), a *contrario sensu*, que no sea posible explicar la

19 La denomino *extraprocesal* puesto que el impacto recae en la percepción que el usuario del sistema y la comunidad en la que se inserta la decisión tiene de la misma actividad decisional del juez (o quien le corresponda aplicar jurisdicción). De este modo, el fallo será acorde al derecho (y por lo tanto válido a los ojos de la comunidad) si cumplen los criterios previstos en el estándar de prueba (con independencia de si los hechos declarados probados tuvieron lugar o no) para declarar un hecho por probado. En este sentido, Alchourrón y Bulyigin (1991) sostienen que “(u)n fracaso en la determinación de la verdad –mientras sea excepcional– no invalida la decisión del juez, que es considerada válida y produce por ende todos sus efectos jurídicos. Este es el precio que el derecho está dispuesto a pagar en aras de la seguridad y de la paz social, esto es, poder resolver los conflictos sociales dentro de ciertos límites temporales...” (p. 77).

20 En Chile, en materia civil, la utilización de estándares de prueba por parte de los tribunales adolece de diversas fallas de comprensión (Larroucau, 2012).

21 Hay autores que tratan la preponderancia de evidencia y la probabilidad prevaleciente como lo mismo (Pardo, 2009), mientras que otros autores, como Taruffo (2010), los distinguen, aunque reconoce que son muy similares. Sin perjuicio de lo anterior, se hará un trato general pero diferenciado de ambos estándares.

evidencia disponible si se sostiene que estos hechos no han ocurrido (Kaplow, 2012)<sup>22</sup>.

Si bien los dos estándares establecidos son similares, la diferencia radica, en líneas generales, en los modelos de valoración racional utilizados (Gascón, 2005). Mientras que el primero apunta a una probabilidad matemática, el segundo apunta a una probabilidad inductiva<sup>23</sup>. Ambos estándares no demuestran preferencia por la comisión de alguno de los errores previstos en el proceso (i.e., falso positivo/falso negativo). Vale decir, para el sistema un falso positivo tiene un mismo valor que un falso negativo. La distribución presentada por estos estándares apunta a mantener, en lo posible, la igualdad de condiciones entre los litigantes.

Un tercer estándar civil es el de "evidencia clara y convincente". La pluralidad de estándares de prueba, en materia civil, responde a los diversos tipos de relaciones entre particulares que existen en una sociedad determinada. En tanto distinta naturaleza de los bienes jurídicos en juego (he aquí la calificación de su mayor o menor "importancia" o "gravedad" para la vida social en relación al caso concreto), es que el derecho prevé un estándar mayor para la determinación de

los hechos en esta clase de juicio<sup>24</sup>. El error se reparte de forma diferenciada porque el sistema tiene una mayor sensibilidad hacia la comisión de un determinado error en desmedro de otro (Bayón, 2008).

En estos tipos de casos, la regla  $P > 0,5$  se reformula y se aumenta la exigencia de suficiencia probatoria para el demandante a  $P > 0,75$ . Dado que un error en acoger este tipo de demandas resulta en un daño mayor para el demandado (que para el caso en que sea rechazada la acción), es que el sistema elabora un estándar más exigente para tener por acreditado la proposición fáctica del actor.

## 8. Estándares de prueba en el proceso penal

En materia penal, son dos los estándares de prueba que han tomado notoriedad en las culturas jurídicas tanto del *commonlaw* como del *civil law*: el estándar de prueba de la íntima convicción y el estándar de prueba más allá de toda duda razonable<sup>25</sup> (Reyes, 2012a).

En líneas generales<sup>26</sup>, el estándar de prueba "más allá de toda duda razonable" supone

22 Como lo establece una sentencia clásica estadounidense del año 1979 sobre la materia "*Addington vs Texas*: La preponderancia de evidencia significa que es más probable que haya ocurrido lo que se reclama de que no haya ocurrido en lo absoluto..." (Schwartz & Seaman, 2013, p. 430).

23 En este sentido, Gascón (2005) señala que "existen al menos dos grandes esquemas o modelos de valoración racional de la prueba que suponen una distinta formulación de los SP [estándares de prueba] a) los basados en la aplicación de instrumentos matemáticos al proceso de valoración y b) los basados en esquemas de confirmación. Ambos modelos se corresponden con las dos grandes nociones de probabilidad: la matemática o estadística que entiende que la probabilidad se predica de sucesos y se interpreta en términos de frecuencia relativa de la clase de eventos a la que pertenecen; y la lógica o inductiva, que se predica de proposiciones, y no de sucesos, y se corresponde con el uso común de 'probablemente', 'posiblemente', 'presumiblemente' algo es verdad..." (p. 132).

24 Larroucau (2012) da los siguientes ejemplos: "...en los juicios donde la secuela para la demandada no es sólo 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  $P > 0,5$  no es satisfactoria..." (p. 791).

25 En el presente trabajo trataré solamente este último estándar.

26 Pues como se verá más adelante, tanto la académica como la práctica no tienen muy claro cómo funciona este estándar de prueba.

que el juez solo podrá condenar al acusado cuando no haya duda de que ha cometido el crimen que se le imputa, *a contrario sensu*, está obligado a absolver cuando exista una duda (no cualquier tipo de duda, sino aquella calificada como “razonable”) en la participación del acusado en el delito imputado<sup>27</sup>.

En principio, este estándar está configurado (o al menos esa es la intención) de forma tal que se favorezca la posición del acusado frente al Estado persecutor. En el proceso penal, el costo de una condena errónea es considerado significativamente más grave que el de una absolución errónea, y por esta razón se impondría un estándar de prueba particularmente exigente (Accatino, 2010), haciendo altamente difícil condenar a alguien, salvo “al más obvio culpable” (Laudan, 2006, p. 29).

En materia penal, el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” tiene la pretensión de distribuir los errores de forma tal que se disminuyan la comisión de los “falsos positivos” (i.e., condenar a un inocente), con el consiguiente impacto del aumento de los “falsos negativos” (i.e., absolver a culpables)<sup>28</sup>.

### 9. Estándares de pruebas “insuficientes”: el problema de la vaguedad y la subjetividad

Un análisis general de los problemas que aquejan a los estándares presentados (que son utilizados en la actualidad por las cortes del *common law* y del *civil law*), es que están

formulados en términos vagos, ambiguos, y no otorgan las directrices a los jueces para determinar los niveles de suficiencia probatoria (sin perjuicio de que en el caso de los estándares preponderancia de evidencia y el prueba clara y convincente se establece un límite numérico del nivel de suficiencia de prueba), necesaria para que el juez esté legitimado para declarar una proposición fáctica como probada.

La enunciación del estándar de prueba: “preponderancia de evidencia” es ambigua. La palabra “preponderancia” se refiere a una superioridad de algún tipo: peso, poder, importancia, fuerza, cuantía, etc., sin determinar a cuál de estas nociones se refiere. Lo cierto es que estos conceptos no son fungibles: a modo de ejemplo, no es lo mismo la cuantía de la prueba que la importancia de algún medio de prueba por sobre otro. *A priori*, no es posible determinar qué criterios serán los necesarios para que un determinado conjunto de evidencias sea preponderante respecto a otro.

Más aún, si bien sabemos que la proposición fáctica probada será aquella que “prevalezca” (sin saber a qué se refiere por esto) por sobre la otra, el estándar de prueba en cuestión no establece directriz alguna al jurado o juez para saber cuándo estamos ante evidencia que puede calificarse como “prevaleciente” (Pardo, 2009).

Ahora bien, la práctica y la academia han sostenido que este estándar se reduce a la voz “más probable que no”, vale decir que la proposición fáctica será declarada por

27 Este es el estándar de prueba utilizado, al menos, en Estados Unidos y Chile (art. 340, Código Procesal Penal: Bajo el epígrafe “convicción del tribunal”, el art. 340, en su primer inciso, dispone: “nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, *más allá de toda duda razonable*, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley” (Cursivas son mías).

28 Lo anterior es armónico con la presunción de inocencia y otros derechos/garantías que actúan en el proceso penal (Reyes, 2012a).

probada cuando sea más probable que haya ocurrido a que no haya ocurrido.

Si se sigue esta postura, el demandante deberá acreditar que las probabilidades que ocurra su proposición fáctica "x" son mayores a su no ocurrencia "no-x". Esto se traduce en el deber de acreditación de la probabilidad de que el estado del mundo es tal, que "x" es verdadera y además en la probabilidad de todos los otros posibles estados del mundo, donde "x" no es verdadera. Lo cual transforma la tarea probatoria del demandante en un imposible jurídico (Pardo, 2009).

En este sentido, el estándar de prueba de preponderancia de evidencia no distribuye el error de forma igualitaria, sino que le establece una carga procesal excesiva al demandante. Por otro lado, tampoco establece los criterios de suficiencia necesarios para que el juez pueda determinar cuándo "es más probable que haya ocurrido". Vale decir, no permite al juez concluir cuándo se está permitido por el derecho dar por probado una proposición fáctica.

Los estándares de probabilidad prevaleciente<sup>29</sup> y prueba clara y convincente, están afectados, de forma general, a las mismas críticas. Sin perjuicio de lo anterior, los modelos probabilísticos basados en la matemática presentan problemas de índole práctico. ¿Cómo se puede cuantificar (en la escala 0 a 1) la prueba rendida? ¿Qué clase de operaciones matemáticas los jueces (o jurados) deben realizar mentalmente para poder determinar los valores de la evidencia rendida? ¿Están capacitados hoy en día los decisores para llevar a cabo dichas operaciones? ¿Qué sucede en los casos en que existe solo una prueba disponible, qué valor le otorgan los jueces (o jurados) a esa prueba? (Gascón, 2005).

Lo cierto es que la práctica cotidiana de los tribunales no permite concluir que los jueces realizan cálculos matemáticos al momento de resolver, de forma general, la contienda fáctica de un juicio.

Por otro lado, aún si este fuera el caso, estas operaciones no son explicitadas en la generalidad de las sentencias. De este modo, aún si los jueces resolvieran la problemática de la suficiencia por medio de operaciones numéricas, la práctica demuestra que: 1) no sabemos qué tipo de operación aplican, 2) no sabemos por qué escogen una determinada operación matemática por sobre otra, y 3) esa operación generalmente no es parte de la motivación de la sentencia, por lo que no podemos controlar intersubjetivamente sus resultados.

Lo anterior trae como consecuencia que estos tipos de estándares probatorios tampoco establecen los criterios necesarios para que el juez pueda determinar cuándo se ha cruzado el "umbral de suficiencia" (cuando estamos ante  $P > 0,5$  o  $P > 0,75$ ), no permitiendo una valoración objetiva (i.e., que no dependa de las preferencias subjetivas del decisor, vale decir, que este no adscriba valores basados en preferencias subjetivas en el caso concreto) de la prueba.

Por último, el estándar de prueba "más allá de toda duda razonable" es, quizás, el que más problemas presenta en su funcionamiento como estándar (y teniendo en cuenta que este actúa como la herramienta necesaria para que un juez pueda aplicar una pena, detectar su mal funcionamiento y proceder a "repararlo", debe ser uno de los temas prioritarios en la agenda de la investigación).

29 A este estándar también se le puede aplicar las mismas críticas que al estándar de "preponderancia de evidencia", con respecto a la voz de "más probable que no".

Los problemas parten con la definición de “duda razonable”<sup>30</sup>. En la actualidad, no existe un concepto de duda razonable (Reyes, 2012a), por lo que los jueces (o jurados), al momento de declarar un hecho por probado más allá de toda duda razonable, están aludiendo a una categoría desconocida para ellos, que sirve como validación de un sentimiento subjetivo de “convencimiento” sobre el acaecimiento de un determinado hecho<sup>31</sup>.

Lo anterior revela que la práctica jurídica (y también por mucho tiempo la academia), entendió el estándar de prueba más allá de toda duda razonable en clave subjetiva (en términos de convicción/duda), apelando de esta forma a un estado mental del juzgador. El juzgador determinará cuándo es suficiente la prueba en la medida en que este se encuentre convencido de que es suficiente. Así, transforma *la creencia* de una prueba (y de su suficiencia) en *la prueba* de un hecho (y del traspaso de esta del umbral del estándar de prueba).

Sin embargo, si el estándar de prueba está en manos de un comportamiento subjetivo del juzgador, ¿qué impide que este no condene en base a criterios externos al derecho e incluso externos a la racionalidad?

El modelo de justificación de los hechos probados se encuentra mutilado, puesto que aún si se tienen criterios de corroboración

entre la prueba presentada y los hechos alegados, la determinación de la suficiencia de la prueba (vale decir el requisito *sine qua non* para declarar una hipótesis por probada), queda en manos de una revelación mística del juzgador (Accatino, 2009). Solo quien decide tiene acceso a este conocimiento oculto, que le permite saber cuándo una prueba es suficiente y cuándo no.

En definitiva, los estándares que actualmente se utilizan para declarar por probados los hechos en juicios civiles y penales, no establecen los criterios de suficiencia necesarios para que los jueces (o jurados) puedan determinar cuándo el umbral previsto en el estándar de prueba se ha tenido por alcanzado, y así tener por acreditado las proposiciones fácticas de una de las partes.

Lo anterior lleva a que estos sean interpretados en clave subjetiva puesto que, a falta de criterios explícitos previstos por el estándar de prueba, será el juzgador quien decida cuándo se ha alcanzado el nivel de suficiencia, lo que lleva implícita la posibilidad de decisiones en extremo discrecionales o incluso arbitrarias (con independencia de si el umbral está formulado en términos numéricos, probabilísticos o categorías epistémicas).

Como se puede observar, los estándares existentes no cumplen la tarea designada

30 La pregunta “¿qué es una duda razonable?” ha sido motivo de un intenso debate en la jurisprudencia y doctrina anglosajona por más de un siglo. Los tribunales de justicia norteamericanos han dado diversas interpretaciones a lo que debe entenderse por una prueba más allá de una duda razonable. Así, se ha entendido que esta corresponde a una *certeza moral* –en contraposición a una certeza matemática–, otra interpretación sugiere que es *la seguridad o creencia apropiada en las decisiones importantes de la vida*, también se ha entendido como *la clase de dudas que haría a una persona prudente titubear de actuar*, igualmente se ha interpretado como *una convicción perdurable de culpabilidad*, e incluso se ha expresado que la duda razonable es *aquella duda que amerita el otorgamiento de una razón* (Laudan, 2006).

31 La coexistencia de distintas definiciones de “más allá de toda duda razonable”, en sí misma no es necesariamente algo malo. Lo problemático es que todas aquellas definiciones fallan al desarrollar una idea subyacente. Tener una convicción perdurable de culpabilidad no es lo mismo que tener la seguridad para tomar una decisión importante en la vida, ni tampoco tener una duda por la cual amerite darse una razón. A lo que nos enfrentamos aquí no son a distintas formas de desarrollar un mismo concepto, sino a que son concepciones absolutamente distintas sobre la base y nivel de prueba necesarias para condenar a alguien (Laudan, 2006).

de la distribución y minimización del error en la determinación de los hechos. Los estándares civiles, si bien delimitan el nivel de suficiencia, al final del día se remiten a un estado subjetivo del juzgador (con respecto al cómo llegar al nivel de suficiencia), haciendo incontrolable intersubjetivamente el proceso intelectual que el juez llevó a cabo para declarar una proposición fáctica como probada.

En el caso del estándar de prueba penal, el panorama es aún más oscuro. La inexistencia de un concepto de duda razonable, su extrema vaguedad en su configuración y la práctica de remitir al estándar de prueba al estado mental del juzgador, no permiten determinar ni siquiera el nivel de suficiencia probatoria necesaria para declarar un hecho por probado y, menos aún, determinar cuándo ha sido traspasado.

Sin perjuicio de que se han propuesto diversas soluciones (Larroucau, 2012; Pardo, 2009; Ferrer, 2007; Laudan 2005, 2006, 2007; Allen & Pardo, 2007, entre otros), lo cierto es que los juicios siguen día a día, y estas soluciones aún están en proceso de preparación y perfeccionamiento. Vale decir, que hoy por hoy, en materia de hechos, se navega en un mar sin brújula que guíe a quien debe decidir si procede o no la aplicación del poder del Estado.

## 10. La función legitimadora y la facultad privativa de los tribunales de primera instancia

Si bien las funciones *intraprocesales* del estándar de prueba se ven, en líneas generales, truncadas por la configuración de las

actuales versiones en uso de esta herramienta legal, esto no quiere decir que estas no cumplan *ninguna* función. La función *extraprocesal* o de legitimación que tienen los estándares de prueba sigue intacta a pesar de los problemas; estos se presentan en la distribución y minimización del error en la decisión sobre los hechos probados.

En este sentido, la combinación entre una función *intraprocesal* defectuosa y la función *extraprocesal*, transforma al estándar de prueba en un “escudo” para el decisor cuando la decisión (adoptada por criterios no-objetivos) sobre los hechos no corresponde con la realidad de estos<sup>32</sup>. Así lo han entendido, al menos, las cortes chilenas, al establecer que el resultado de la valoración de la prueba es tarea reservada a los tribunales de primera instancia, no pudiendo pronunciarse sobre este por ser una “facultad privativa” de estos.

De este modo, la función de revisión de los fallos solo queda limitada a la comprobación de que el razonamiento que llevó a dicha conclusión esté acorde con los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia, vale decir, lo que se entiende por las reglas de la sana crítica (las cuales no distribuyen el error)<sup>33</sup>.

La “facultad privativa” viene a suponer que, desde un punto de vista de la estructura del proceso judicial, los tribunales de primera instancia son los que se encuentran a cargo de la determinación de los hechos. En este sentido, su tarea se vuelve de vital importancia (Frank, 2001), debido a que las cortes superiores (por regla general) no van a cues-

32 La función legitimadora (combinada con los defectos del estándar en sede *intraprocesal*), no solo protege a los jueces de las consecuencias, sino que además les permite formar la decisión sobre los hechos en base a su fuero interno

33 Solo a modo de ejemplo, fallos de las cortes superiores chilenas en materia penal: “...las premisas de éste no son pertinentes toda vez que lo que se discrepa del fallo recurrido es la valoración que los jueces hicieron a la prueba rendida, cuestión que no puede ser revisada por esta vía (...) la exigencia del artículo 342 c) del CPP se refiere a

tionar los hechos que han sido declarados como probados (Frank, 1949), sino que se limitarán a velar por la aplicación “correcta” del derecho<sup>34</sup>.

Es decir, por regla general, los tribunales de primera instancia tendrán la “última palabra” en lo referente a los hechos, mientras que las cortes superiores la tendrán en lo referente a la aplicación del derecho. Este “reparto de competencias”, a nivel macro, permite poner en la palestra la relevancia de los estándares de prueba en la tarea de la decisión judicial. Dado que por medio de estos los hechos quedan “fijados” en el proceso, tanto en lo que respecta a los tribunales de primera instancia como a las cortes superiores.

El estándar de prueba es el paso previo que los tribunales necesitan verificar antes de aplicar el poder estatal (i.e., consecuencias jurídicas) a personas de una comunidad determinada. Sin embargo, como hemos señalado, el problema recae en saber (de forma objetiva) cuándo hemos superado el estándar de prueba (y de esta forma ejercer la potestad jurisdiccional). Este problema, hoy por hoy (y sin perjuicio de que la doctrina

esté desarrollando interesantes avances y postulados en materia de prueba) es tratado en el fuero interno de los jueces, lejos del alcance de un control intersubjetivo de la valoración de la prueba.

Las cortes (al menos en Chile, y no hay razón para sospechar deque en otros países esto sea distinto) han renunciado a la tarea de evaluar la valoración de la prueba. Lo anterior permite a los jueces decidir, con criterios incognoscibles para los operadores jurídicos y por ende incontrolables, cuándo se ha obtenido la prueba de un hecho.

La función *extraprocesal* del estándar de prueba permite escudar entonces a los jueces de fallos que eventualmente estén afectados por errores epistemológicos (i.e., que no tengan correspondencia con la realidad) puesto que, en la medida en que hayan traspasado el umbral del estándar de prueba (decisión que recae solamente en criterios subjetivos de los jueces) la decisión, desde un punto de vista de la determinación de los hechos, estará conforme a derecho y, por ende, legitimado ante los ojos de la sociedad (Clermont, 2009).

*la necesaria fundamentación de la sentencia al valorar la prueba producida y no las conclusiones a que arriban los jueces en virtud de dicha valoración siempre que el considerando utilizado sea reproducible, es decir, que no se aparte de la lógica, máxima de la experiencia y conocimiento científicamente afianzados. Es decir, se puede controlar la forma como se hace el razonamiento valorativo, pero no las consecuencias del mismo, que son privativas de los jueces orales en lo penal”* (ICA Temuco, Causa: 839-2012). En materia laboral, la línea argumental es la misma: *“que el recurso de nulidad como medio de impugnación extraordinario, persigue invalidar el procedimiento total o parcialmente junto con la sentencia definitiva, o sólo esta última, según sea el caso, si en su dictación concurre alguna de las causales señaladas en la ley, en relación con determinados vicios capaces de generar nulidad y que tengan influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, enunciados taxativamente en los artículos 477 y 478 del Código del Trabajo, que guardan relación directa con la infracción de derechos y garantías constitucionales o normas legales, pero no con la determinación de los hechos efectuada por el sentenciador en el fallo recurrido, dado que tal especificación fáctica y su valoración corresponde privativamente al tribunal que conoce del proceso...”* (ICA Iquique, Causa: 81-2012). En materia de libre competencia, la Corte Suprema ha seguido la misma línea: *“en efecto, el establecimiento de los hechos conforme a la valoración de las pruebas rendidas, de acuerdo a las reglas que al efecto determina el legislador, o, la determinación de no haber resultado establecido el marco fáctico atingente a la acción deducida corresponde a facultades privativas de los jueces del grado, actividad no sujeta, por regla general, a revisión, salvo que haya mediado vulneración de las leyes reguladoras de la prueba y se haya así denunciado, de modo eficiente como error de derecho...”* (Corte Suprema, Causa: 1339-2012). Las cortes chilenas tienen una clara línea jurisprudencial con respecto a reconocer las facultades privativas de los jueces ordinarios para decidir sobre la controversia fáctica, vale decir, la línea divisoria de competencias entre los tribunales de primera instancia y las cortes está trazada en lo referente a quién determina los hechos (cursiva son mías).

34 Solo en casos en que las decisiones han sido apeladas (los cuales son una minoría del universo de casos de una comunidad).

Si bien no es una práctica común, en la generalidad de los sistemas occidentales modernos, que los jueces (o jurados) decidan en base a decisiones arbitrarias/irracionales los casos que deben resolver<sup>35</sup>, no es menos cierto que dejar vastos espacios de discrecionalidad para determinar cuándo un hecho está probado (y que, en definitiva, es saber a quién se le aplicarán las consecuencias jurídicas de un caso específico), abre la puerta a decisiones que pueden ser arbitrarias o, en última instancia, estar motivadas por decisiones contrarias a los valores que una sociedad puede estimar digna de protección por el derecho (Igartua, 2005).

Es justamente este peligro el que hay que evitar si se quiere un ejercicio racional del poder en un contexto de Estado de Derecho (Comanducci, Ahumada & González, 2009). Sin embargo, en la actualidad, el elemento subjetivo en la valoración judicial de la prueba es por diseño (quizás defectuoso) del mismo sistema probatorio y, en este sentido, la tarea de un ejercicio racional (intersubjetivamente controlable) del poder se hace difícil.

Lo anterior se agrava por el hecho de que la función *extraprocesal* del estándar de prueba sigue “vigente” en cada juicio, blin-

dando a los jueces de decisiones erradas. En este sentido, hemos aceptado la existencia de instituciones (jueces) que puedan actuar más allá de nuestro control intersubjetivo, y estas autoridades (como bien lo expresan las sentencias citadas) están al tanto de la protección que el derecho les brinda en su tarea decisoria.

A esto me refiero cuando hablo de *moral hazard* en el proceso judicial: hoy por hoy, por diseño institucional (estándar de prueba), los jueces están protegidos por el derecho (y estos están en conocimiento de dicha protección) de los errores que pudiesen cometer en la determinación de los hechos en un juicio, vale decir, el sistema los libera de responsabilidad<sup>36</sup> al momento de ejercer el poder jurisdiccional del estado en circunstancias en que los presupuestos de hecho para esto no se han verificado. Lo anterior sustrae cualquier incentivo para que los decisores puedan constreñir las decisiones sobre los hechos a un sistema de control intersubjetivo.

Para ser objeto de esa protección (i.e., para que su decisión sea legitimada), se deben atener a los criterios expuestos en los estándares de prueba, y en atención a que estos no contienen “términos” o criterios controla-

35 En la medida en que las prácticas institucionales de los tribunales en las distintas culturas jurídicas han convergido en el (intento de un) ejercicio racional del poder. En este sentido, la doctrina ha sido de vital importancia para uniformar y guiar actuaciones de los operadores jurídicos en pos de ideales racionales en la aplicación (y estudio/desarrollo) del derecho (Ferrer, 2002; Gascón, 1999; Twining, 2006; Anderson, Schum & Twining, 2005). Sin embargo, estos intentos (por loables que sean) son insuficientes en la medida en que no se reconozca que los jueces actúan de manera discrecional en el ámbito de la valoración de la prueba. Hoy por hoy, el derecho probatorio (por medio de los estándares de prueba) se encuentra en este problema de la discrecionalidad (e incluso podría irse más allá y derechamente hablar de subjetividad), dado que los niveles de suficiencia probatoria siguen dependiendo del fuero interno del decisor. Otros, como Tushnet (1992), Frank (1930) y (con matices) Ho (2008), abogan por confiar en el buen juicio, experiencia y personalidad (en definitiva, las virtudes) de los jueces para obtener decisión (quizás no conforme a derecho estatutario o jurisprudencial) pero sí a decisiones que pueden calificarse de justas y, por ende, aceptadas intersubjetivamente.

36 Salvo en los sistemas que tengan procesos de indemnización o persecución penal por “error judicial”. Sin embargo, estos sistemas, a pesar de contar con herramientas que podrían perseguir la responsabilidad de los jueces, por regla general no son utilizados (y, por ende, son procesos de carácter “simbólico”) o son muy difíciles de utilizar. Sin perjuicio de lo anterior, estos pueden tener efectos reducidos cuando el error judicial cometido es de tal magnitud que, por razones institucionales, no quede otra alternativa que hacer exigible la responsabilidad de estos jueces.

bles intersubjetivamente que permitan guiar al juez en la conclusión de cuándo estos han sido alcanzados, esta tarea ha sido reconducida (por la misma práctica profesional) a las preferencias subjetivas del decisor.

De este modo, el derecho protege a los decisores en la medida en que, por regla general, los jueces están “a salvo” de los errores que puedan cometer (falsos positivos o falsos negativos) al ejercer un acto que, debido a un diseño institucional, se ha entendido como una facultad discrecional: determinar cuándo un hecho está probado en juicio. Esta protección es la que convierte a los juzgadores en un *moral hazard* dentro del sistema.

### 11. Reflexiones finales

Si tenemos en cuenta que la evolución de los sistemas jurídicos apunta a la búsqueda de una mayor protección de los derechos de diversa índole que se les reconocen a los miembros de una comunidad, parece que las salvaguardas se relativizan cuando identificamos algunos de los problemas de la aplicación del derecho en lo referente a la determinación de los hechos probados.

Lo anterior, debido a que el antecedente fáctico de las consecuencias jurídicas que se buscan aplicar en un litigio, depende de criterios que, generalmente, no son susceptibles de ser controlados intersubjetivamente. Esta situación es consecuencia de la práctica (quizás errada) en la que incurren los juzgadores al momento de valorar la prueba y determinar su nivel de suficiencia. Sin embargo, dicha práctica responde a un pobre diseño institucional de los estándares de prueba.

Si bien no es controvertido el reconocimiento del impacto epistemológico que conlleva entender la aplicación de los estándares de prueba en clave subjetiva, no se le ha dado

mucha atención al hecho de que su función *extraprocesal* sustraiga la posibilidad de control de la decisión en materia probatoria, tanto de las cortes superiores como de los operadores jurídicos que actúan en el litigio y, en última instancia, también en la comunidad en donde el litigio se desenvuelve.

Las ideas presentadas en este artículo permiten dar cuenta de la magnitud que supone tener una herramienta legitimadora de decisiones erradas. En este sentido, la lógica del “*moral hazard*” se replica en materia procesal. Los estándares de prueba, en cuanto elemento legitimador de la decisión, se transforman (al ser entendido en clave subjetiva) en un estímulo (valorativamente negativo) para que los decisores actúen en desmedro de criterios controlables intersubjetivamente.

Este problema es transversal a cualquier medio de resolución de conflictos en la que el resolutor deba valorar las pruebas rendidas en orden de tomar una decisión. También es transversal a la institución de jurado versus a los sistemas que cuentan con un tribunal colegiado o unipersonal. Y esto se debe a la inefable condición humana del conocimiento imperfecto.

Este conocimiento imperfecto puede ser balanceado, no ya por medio de las preferencias subjetivas del juez, sino que por el derecho (Stein, 1997). Vale decir, la institución del estándar de prueba debe ser revisada: ya sea abandonando las nociones que hoy tenemos del estándar de prueba y reestructurándola desde raíz en base a los criterios de una moral pública (Ho, 2008), o por medio de la creación de normas secundarias que permitan definir qué criterios son los que el juez debe verificar que han ocurrido, con el fin de que pueda establecer que un determinado estándar ha sido cumplido (Pardo, 2009)<sup>37</sup>.

Si el derecho es el que establece cuáles son los parámetros formales y materiales de la justificación de la decisión probatoria, no solo "democratizaríamos" la tarea de distribución del error (Dei Vecchi, 2013), sino que además nos permitiría cotejar la adjudicación probatoria con un parámetro externo y objetivo, como lo es el derecho<sup>38</sup>.

Esta "objetividad" no deriva de criterios netamente epistémicos, sino que se puede entender de dos maneras. Primero, sería objetivo toda vez que la existencia del estándar de prueba no depende del juzgador, sino que dependerá de un sistema de normas externos a la personalidad del juez. Segundo, sería objetivo, además, porque los criterios del estándar de prueba (bajo la idea de estas reglas probatorias de segundo orden) se encontrarían dirigidos no por las preferencias personales del juez, sino por un conjunto de normas jurídicas emanadas de, en los sistemas democráticos modernos, un proceso previo y legítimo sancionado por una comunidad determinada (Stein, 1996).

## Bibliografía

- Accatino, D. (2009). Forma y sustancia en el razonamiento probatorio: Alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal. *Revista de Derecho PUCV, XXXII*, 347-362.
- \_\_\_\_\_. (2010). El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad. En Accatino, D. (Coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, 119-143. Santiago: Legal Publishing.
- Alchourrón, C. & Bulygin, E. (1991). Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico. En *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Allen, R. & Pardo, M. (2007). The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence. *Journal of Legal Studies*, 36, 107-140.
- Anderson, T., Schum, D. & Twining, W. (2005). *Analysis of Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ariens, M. (1992). The Law of Evidence and the Idea of Progress. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 25(3), 865-870.
- Baker, T. (1996). The Genealogy of Moral Hazard. *Texas Law Review*, 75(2), 237-292.
- Bayón, J. (2008). *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*. Ponencia presentada en el XIV Congreso Italo-Español de Teoría del Derecho, Girona, España.
- Brown, T. (2012). Legal Political Moral Hazard: Does the Dodd-Frank Act End Too Big To Fail? *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, 3, 1-85.
- Clermont, K. (2009). Standard of Proof Revisited. *Vermont Law Review*, 33, 469-487.
- Comanducci, P., Ahumada, M. & González, D. (2009). *Positivismo jurídico y neconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Coloma, R. (2006). Vamos a contar mentiras, tralalá... o de los límites a los dichos de los abogados. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, XIX (2), 27-52.
- \_\_\_\_\_. (2009). Estándares de prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, XXII (2), 205-229.
- Cuono, M. (2013). *Decidere caso per caso. Figure del potere arbitrario*. Madrid: Marcial Pons.
- Damaska, M. (1975). Presentation of evidence and fact finding precision. *University of Pennsylvania Law Review*, 123, 1083-1106.
- \_\_\_\_\_. (1998). Truth in Adjudication. *Hastings Law Journal*, 49, 289-308.

38 En armonía con los valores republicanos, el que debe estar a cargo del control del poder es el derecho. Luego, será este, en tanto sistema normativo, el que debe regular la distribución del error en las decisiones sobre los hechos.

- Dei Vecchi, D. (2013). Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37,237-261.
- Ferrer, J. (2002). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- \_\_\_\_\_. (2007). *Valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Frank, J. (1930). *Law and the Modern Mind* (6aed.). Londres: Transaction Publishers
- \_\_\_\_\_. (1949). *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*. Nueva Jersey: Princeton University Press.
- \_\_\_\_\_. (2001). *Derecho e incertidumbre*. México D.F.: Fontamara.
- Gascón, M. (1999). *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- \_\_\_\_\_. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 127-139.
- \_\_\_\_\_. (2006). Freedom of Proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. En Carbonell, C., Orozco, J y Vázquez, R. (Coords.), *Estudios sobre la prueba*, 47-88. México D.F.: UNAM.
- González, D. (2000). Los hechos bajo sospecha: sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. *Analisi e Diritto*, 69-87.
- \_\_\_\_\_. (2006). Argumentación y prueba judicial. En Carbonell, C., Orozco, J.y Vázquez, R. (Coords.), *Estudios sobre la prueba*, 89-105. México D.F.: UNAM.
- Ho, H.L. (2008). *A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search of Truth*. Oxford: Oxford University Press.
- Holmstrom, B. (1979). Moral Hazard and Observability. *The Bell Journal of Economics*, 10(1), 74-91.
- Ibáñez, P. (2006). La argumentación probatoria. En Carbonell, C., Orozco, J. y Vázquez, R. (Coords.), *Jueces y ponderación argumentativa*, 19-52. México D.F.: UNAM.
- Igartua, J. (2005). Prolongaciones a partir de Laudan. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 28, 141-150.
- Kaplow, L. (2012). Burden of Proof. *Yale Law Journal*,121,738-859.
- Larroucau, J. (2012). Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), 783-808.
- Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 95-113.
- \_\_\_\_\_. (2006). *Truth, Error and Criminal Law: Essayson Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press.
- \_\_\_\_\_. (2007). Aliados extraños: la inferencia de la mejor explicación y el estándar de prueba penal. En *El estándar de prueba en el proceso penal*, 89-115. Buenos Aires: Hammurabi.
- Pardo, M. (2009).Second Order Proof Rules. *Florida Law Review*, 61, 1083-1113.
- Reyes, S. (2012a). Presunción de inocencia y estándar de pruebas: reflexiones sobre el caso chileno. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, XXV (2), 229-247.
- \_\_\_\_\_. (2012b). El juicio como herramienta epistemológica: el rol de la verdad en el proceso. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 30,221-235.
- \_\_\_\_\_. (2015). Una verdad incómoda: un análisis de la relación teleológica entre derecho y verdad desde una perspectiva realista. En *Derecho Constitucional en la encrucijada*. México: UABC, (Forthcoming).
- Schartz, D. & Seaman, C. (2013). Standards of Proof and Civil Litigation: An Experiment from Patent Law. *Harvard Journal of Law & Technology*, 2, 429-480.
- Shavell, S. (1979). On Moral Hazard and Insurance. *The Quarterly Journal of Economics*, 541-562.
- Stein, A. (1996). The Refoundation of Evidence Law. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, IX (2), 279-342.
- \_\_\_\_\_. (1997). Against Free Proof. *Israel Law Review*, 573-589.
- \_\_\_\_\_. (2005). *Foundations of Evidence Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*.Madrid: Trotta.

\_\_\_\_\_. (2008). ¿Verdad negociada? *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, XXI (1), 129-151.

\_\_\_\_\_. (2010). *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons.

Tushnet, M. (1992). Constitutional Interpretation, Character and Experience. *Boston Law Review*, 72, 747-763.

Twining, W. (2006). *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. Cambridge: Cambridge University Press.

Žižek, S. (2009). *First as a Tragedy, then as a Farce*. Londres: Verso.

### **Sentencias citadas**

Chile. Corte Suprema (2012). Causa rol: 1339-2012.

Chile. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique (2012). Causa rol: 81-2012.

Chile. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco (2012). Causa rol: 839-2012.