

JORDI FERRER BELTRÁN

PRUEBA SIN CONVICCIÓN
Estándares de prueba y debido proceso

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	15
1. LAS PREMISAS DE PARTIDA.....	17
2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL	19
3. LA NECESIDAD DE CONTAR CON ESTÁNDARES DE PRUEBA.	22
CAPÍTULO I. LA FORMULACIÓN DE UN ESTÁNDAR DE PRUEBA: REQUISITOS METODOLÓGICOS	29
1. PRIMER REQUISITO: APELAR A CRITERIOS RELATIVOS A LA CAPACIDAD JUSTIFICATIVA DEL ACERVO PROBATORIO RESPECTO DE LAS CONCLUSIONES PROBATORIAS QUE SE ESTABLEZCAN.....	29
2. SEGUNDO REQUISITO: LOS CRITERIOS QUE SE UTILICEN EN EL ESTÁNDAR DE PRUEBA DEBEN CUMPLIR LA FUNCIÓN DE ESTABLECER UN UMBRAL DE SUFICIENCIA PROBATORIA.....	33
2.1. La supuesta imposibilidad de establecer criterios que fijen el nivel de exigencia probatoria	35
2.2. Sobre la conveniencia de fijar el umbral de exigencia probatoria mediante estándares.....	44
2.2.1. Universalismo vs. particularismo en la determinación de la suficiencia probatoria.....	48

	<u>Pág.</u>
3. TERCER REQUISITO: EL ESTÁNDAR DE PRUEBA DEBE ESTAR FORMULADO APELANDO A CRITERIOS DE PROBABILIDAD INDUCTIVA, NO MATEMÁTICA.....	65
3.1. Conceptos de probabilidad	66
3.1.1. La probabilidad estadística como modelo de razonamiento probatorio	70
3.1.2. La probabilidad subjetiva como modelo de razonamiento probatorio	80
3.1.3. La probabilidad lógica o inductiva como modelo de razonamiento probatorio.....	88
4. CUARTO REQUISITO: TODO PROCESO JUDICIAL REQUIERE DE DIVERSOS ESTÁNDARES DE PRUEBA, QUE DEBEN FIJAR UMBRALES DE SUFICIENCIA PROBATORIA DISTINTOS Y PROGRESIVOS.....	100
 CAPÍTULO II. LA FUNDAMENTACIÓN DEL NIVEL DE EXIGENCIA PROBATORIA DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA	 109
1. LAS FUNCIONES DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA.....	109
1.1. Los estándares de prueba aportan los criterios de justificación de las decisiones probatorias	109
1.2. Los estándares de prueba cumplen una función de garantía para las partes	112
1.3. Los estándares de prueba distribuyen el riesgo del error entre las partes	115
2. LA DECISIÓN SOBRE EL UMBRAL DE SUFICIENCIA PROBATORIA ES CONTEXTUAL	138
3. RAZONES PARA DETERMINAR EL UMBRAL DE SUFICIENCIA PROBATORIA	150
 CAPÍTULO III. LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS EN MATERIA DE HECHOS Y LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA.....	 171
1. INTRODUCCIÓN	171
2. LA VINCULACIÓN CONCEPTUAL ENTRE PRUEBA Y CREENCIAS DEL JUZGADOR.....	174
3. LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES SOBRE LOS HECHOS COMO EXIGENCIA DEL DEBIDO PROCESO.....	186
3.1. Dos concepciones de la motivación.....	187

	Pág.
3.2. Los estándares de prueba como precondition para la posibilidad de motivar las decisiones sobre los hechos	192
3.3. Una coda sobre la credibilidad y la aceptabilidad de los enunciados probatorios	198
CAPÍTULO IV. CÓMO LEGISLAR SOBRE ESTÁNDARES DE PRUEBA	203
1. UNA ESTRATEGIA PARA EL DISEÑO PROCESAL DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA	203
2. ALGUNOS EJEMPLOS DE ESTÁNDARES DE PRUEBA BIEN FORMULADOS	208
3. EXPLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES 1) A 3).....	210
4. EXPLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES 4) A 7).....	225
5. ALGUNAS CONCLUSIONES Y CAMINOS POR RECORRER.....	236
BIBLIOGRAFÍA	241

INTRODUCCIÓN

Este libro empezó a gestarse en «El cul del món», un restaurante de cocina catalano-marroquí en las afueras de Girona¹, en una larga conversación con Michele Taruffo, con un hermoso sol de primavera, durante una de sus estancias anuales en la Universidad de Girona. Allí resolvimos escribir juntos un libro sobre estándares de prueba, después de constatar los importantes problemas pendientes que debe enfrentar en ese ámbito la concepción racionalista de la prueba. Han pasado casi ocho años desde aquella conversación con Taruffo y, a pesar de que pude conversar con él sobre las tesis de los dos primeros capítulos, la dura noticia de su fallecimiento me golpeó antes de terminar el trabajo.

Este libro es sin duda una continuación de *La valoración racional de la prueba* (2007), que a su vez era una continuación de *Prueba y verdad en el derecho* (2002). *La valoración racional de la prueba* terminaba ya con un primer análisis del problema de los estándares de prueba y alguna propuesta al respecto. Sin embargo, no estuve entonces en condiciones de afrontar el análisis detallado de ese tema, que quedó pendiente de mayores reflexiones y de mayor estudio. Desde entonces han pasado catorce años y puedo decir que este es el proyecto de investigación más desafiante al que me he enfrentado, por su gran complejidad y porque abordarlo de forma mínimamente seria exige tener en cuenta raíces que ahondan en el derecho procesal, la teoría del derecho, la teoría de las normas, la epistemología, la filosofía política y moral, etc. En este sentido, tampoco resulta extraño que un camino poblado de minas tan diversas sea difícil de recorrer y tan poco transitado en nuestra doctrina.

Desde la tarde de 2013 en que conversamos Taruffo y yo transcurrieron cuatro años en los que desempeñé el cargo de secretario general y vicerector

¹ <http://www.elculdelmon.com>.

de la Universidad de Girona. Al final, este libro ha sido una obra individual y aquel proyecto conjunto con Taruffo no vio la luz por los costes que para la trayectoria investigadora imponen los cargos académicos. Pero el paso del tiempo no ha cambiado la evaluación que hicimos de la situación y, en cambio, ha acrecentado mi agradecimiento hacia Michele, de quien he aprendido buena parte de lo que sé sobre prueba.

A pesar del abandono tradicional del razonamiento probatorio y de la teoría general de la prueba que ha caracterizado en nuestra cultura jurídica tanto los estudios procesales tradicionales como los de filosofía del derecho, puede decirse que en las dos últimas décadas se ha cambiado claramente la tendencia. Hay todavía, sin embargo, una gran laguna en la teoría general de la prueba, compartida también con las teorías del garantismo penal y procesal. Todas ellas, de distinto alcance pero evidentemente relacionadas entre sí, resultan seriamente incompletas si no abordan el problema de cómo determinar los umbrales de suficiencia probatoria para cada fase del procedimiento y para cada tipo de proceso. Y esa falta de teorización se traslada a la legislación, donde la ausencia de estándares de prueba se convierte en el talón de Aquiles de un diseño procesal que pretenda limitar la arbitrariedad y fomentar el control de las decisiones probatorias. Un sistema sin estándares de prueba es un sistema sin reglas para justificar las decisiones sobre los hechos, lo que hace inútiles muchos derechos procesales *in itinere* del procedimiento (como la presunción de inocencia) y hasta el deber de motivación. Por ello, en este trabajo presentaré un esbozo teórico sobre la forma en que deben formularse los estándares de prueba y algunos elementos a considerar para decidir sobre su nivel de exigencia.

Podría pensarse que el déficit apenas señalado es solo característico de los países de cultura jurídica latina y que las cosas son muy distintas en los países de tradición anglosajona. Esto es verdad, sin duda, si atendemos a la producción bibliográfica sobre el tema de los estándares de prueba y también si observamos la presencia del mismo en la jurisprudencia. Sin embargo, la doctrina mayoritaria, tanto académica como jurisprudencial, ofrece una lectura netamente subjetivista de los estándares de prueba, en forma de grados de creencia o convicción de los juzgadores, radicalmente incompatible con los pilares de la concepción racionalista de la prueba. Como espero mostrar en este trabajo, también en los países anglosajones queda mucho camino por recorrer para disponer de estándares de prueba metodológicamente bien formulados.

* * *

No es fácil ser justo en los agradecimientos por el apoyo recibido para un trabajo que ha tenido una elaboración tan larga como este. Han sido muchas las personas con las que he debatido y los foros en los que he presentado alguna versión previa de mis ideas al respecto. A todos les agradezco profunda-

mento las críticas y los desafíos, porque ellos son los que ayudan a fortalecer las ideas o a abandonar las que puedan resultar infructuosas. Muy especialmente quiero manifestar mi deuda con Michele Taruffo, a quien ya mencioné desde el inicio de estas páginas, y con Carmen Vázquez, Daniel González Lagier, Diego dei Vecchi y Edgar Aguilera. Mesas de debate, aulas de seminarios, cursos compartidos y también cervezas, vinos y hasta el sofá de mi casa han sido testigos de larguísimos larguísimos debates con ellos, distribuidos durante varios años, que han ayudado a madurar mis ideas hasta hacerme sentir capaz de escribirlas.

Edgar Aguilera, Jorge Baquerizo, Diego dei Vecchi, Vitor L. de Paula Ramos, Santiago Eyherabide, Jorge Malem, Laura Manrique, José Juan Moreso, Giovanni Priori, José Luis Ramírez Ortiz, Sebastián Rebolledo, Marco Segatti, Jonatan Valenzuela y Carmen Vázquez han leído todo o parte del borrador de este libro y me han realizado muy útiles sugerencias, objeciones y recomendaciones, que sin duda han mejorado mucho el resultado final. Estoy en deuda con todos ellos. Por último, quiero agradecer también a todos los compañeros del grupo de investigación de filosofía del derecho de la Universidad de Girona: trabajar en un contexto intelectual y humano como el que se ha generado en este grupo es un verdadero privilegio.

Para la realización de este trabajo he contado con el apoyo del proyecto de investigación «Seguridad jurídica y razonamiento judicial» (DER2017-82661-P), del Ministerio español de Economía y Competitividad.

1. LAS PREMISAS DE PARTIDA

A día de hoy, son lugares comunes de la concepción racionalista de la prueba² las siguientes asunciones, que yo tomaré en este trabajo como premisas de partida:

1. Hay una relación teleológica entre prueba y verdad, de modo que la verdad se configura como el objetivo institucional a alcanzar mediante la prueba en el proceso judicial³.

² Puede verse una caracterización de esta concepción en FERRER BELTRÁN, 2007: 64-66. Una estupenda presentación de la tradición racionalista en la cultura angloamericana puede verse en TWINING, 1990: 32 y ss., y en ANDERSON, SCHUM y TWINING, 2005: 115 y ss. En castellano, véase también ACCATINO, 2019: 1 y ss.

³ En términos de ANDERSON, SCHUM y TWINING (2005: 116): «El principio central de la tradición racionalista es que el objetivo primario del derecho adjetivo (o procesal) consiste en lograr la “rectitud de la decisión” en la adjudicación, es decir, la aplicación correcta del derecho a los hechos probados como verdaderos. [...] [C]on respecto a las cuestiones de hecho disputadas, el principio asume que la realización de este objetivo involucra la búsqueda de la “verdad” a través de medios racionales». El fundamento del objetivo de la averiguación de la verdad como garantía de la correcta aplicación del derecho sustantivo se encuentra ya en BENTHAM, 1827: 17-19. Al respecto, véase también POSTEMA,

2. El concepto de verdad en juego, que resulta útil para dar cuenta de esa relación teleológica, es el de verdad como correspondencia, de modo que diremos que un enunciado fáctico (formulado en el marco de un proceso judicial y sometido a prueba) es verdadero si, y solo si, se corresponde con lo sucedido en el mundo (externo al proceso)⁴.

3. Nunca un conjunto de elementos de juicio, por rico y fiable que este sea, permitirá alcanzar certezas racionales, no psicológicas o subjetivas, respecto de la ocurrencia de un hecho, de modo que todo enunciado fáctico es necesariamente verdadero o falso, pero nuestras limitaciones epistémicas nos sitúan siempre ante decisiones que deben adoptarse en contextos de incertidumbre.

4. El razonamiento probatorio es, pues, un razonamiento necesariamente probabilístico. Decir que un enunciado fáctico está probado es afirmar que es probablemente verdadero (a un nivel que habrá que determinar), dadas las pruebas disponibles⁵.

Si bien estas premisas son ampliamente compartidas en la literatura probatoria, no siempre se extraen de ellas todas las consecuencias relevantes. En particular, como dije anteriormente, la necesidad de disponer de reglas que establezcan el grado de probabilidad que resulta suficiente para aceptar como probado un enunciado fáctico (o una hipótesis, si se prefiere) en un procedimiento judicial ha sido un tema generalmente olvidado en nuestra cultura jurídica.

Si el razonamiento probatorio es probabilístico y la certeza racional sobre una hipótesis fáctica es inalcanzable, entonces deviene imprescindible dotarse de reglas, que denominamos «estándares de prueba», que determinen el grado de probabilidad a partir del cual estamos dispuestos a dar por probada la hipótesis, es decir, que determinen qué grado de apoyo nos parece suficiente para aceptar como verdadera la hipótesis fáctica en cuestión (y así poder usarla como tal en nuestro razonamiento).

1986: 343. Para mayor abundamiento y justificación de esta premisa, véase FERRER BELTRÁN, 2002: 55 y ss., y una excelente discusión en PÉREZ BARBERÁ, 2020a.

⁴ Al respecto, véanse, por todos, TARUFFO, 1992: 169-170; GASCÓN, 1999: 59 y ss. Vale la pena añadir que Taruffo ha mantenido en toda su obra que en el proceso, y quizá en cualquier otro ámbito de conocimiento, podemos alcanzar solo verdades relativas, contextuales, descartando totalmente la existencia de verdades absolutas (véase TARUFFO, 1992: 172 y ss.). Como se verá más adelante, creo que puede haber buenas razones contextuales para tener distintos niveles de exigencia probatoria para aceptar como verdadera (y dar por probada) una hipótesis fáctica, pero ello no implica que la verdad misma sea contextual. En mi entender, si adoptamos, como hago yo mismo, una noción de verdad como correspondencia, la verdad es siempre absoluta: o Pedro ha cruzado la calle con el semáforo en rojo o no lo ha hecho, o María ha matado a Felipe o no lo ha hecho. No hay verdades relativas, lo que es relativo es el grado de corroboración y la prueba de que esos hechos han ocurrido; la relatividad es, pues, epistemológica y no ontológica.

⁵ El razonamiento probatorio es inferencial. No importa solo el objetivo de que lo que se declare probado sea verdadero, sino también que la conclusión se obtenga por buenas razones, es decir, que esté inferencialmente justificada a partir de las pruebas aportadas al proceso. Al respecto, con referencia a las denominadas «situaciones Gettier», véase PARDO, 2005: 334-336.

El tipo de probabilidad capaz de estructurar el razonamiento probatorio no admite el cálculo matemático, de modo que estamos frente a una probabilidad inductiva; los estándares de prueba, por tanto, no podrán indicar numéricamente el grado de suficiencia probabilística necesaria para dar por probada una hipótesis.

Solo si disponemos de estándares de prueba que indiquen el grado de suficiencia probatoria (*i. e.*, la probabilidad necesaria para dar por probada una hipótesis) podrán ser utilizables otras reglas para la toma de decisión, como las cargas de prueba o las presunciones. En efecto, las reglas de carga de la prueba tienen la función de determinar quién pierde el proceso si no hay prueba suficiente de ninguna de las hipótesis en conflicto, pero para aplicarlas es necesario conocer cuándo hay prueba suficiente. Y lo mismo ocurre con las presunciones (*iuris tantum*), que imponen la aceptación de una hipótesis (y su uso en el razonamiento) en ausencia de prueba (suficiente) en contrario; así, por ejemplo, la presunción de inocencia como regla de juicio impone que se resuelva a favor de la inocencia del acusado salvo que haya prueba suficiente de su culpabilidad, derrotándose entonces la presunción⁶. Pero ¿cuándo hay prueba suficiente de la culpabilidad del acusado? De nuevo, la presunción de inocencia presupone que disponemos de una regla que nos indique el umbral de suficiencia probatoria.

2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL

Cuando en las legislaciones procesales y en las prácticas jurisprudenciales encontramos formulaciones del nivel de exigencia probatoria, estas suelen adolecer de dos graves problemas. Por un lado, suelen apelar a elementos psicológicos o mentales del decisor (como la «íntima convicción», la «certeza subjetiva», la «valoración en conciencia», etc.), que no permiten el control intersubjetivo y que, por tanto, no son aptas para facilitar la revisión de la corrección de la decisión ni para dar garantías, por ejemplo, del cumplimiento de la presunción de inocencia en el proceso penal⁷. Volveré más adelante sobre este punto. Por otro lado, las formulaciones de pretendidos estándares de prueba vigentes en la mayoría de sistemas tienen un nivel de vaguedad incompatible con su función de señalar un umbral de suficiencia probatoria (incluso de forma aproximada). Valgan algunos ejemplos del derecho español al respecto:

— El art. 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española regula el sobreseimiento provisional de la causa, que procederá adoptar en diversas si-

⁶ O lo que Mendonca denomina «estrategia de destrucción» de la presunción (que debe ser distinguida de la «estrategia de bloqueo»). Al respecto, véase MENDONCA, 2000: 229; también ULLMANN-MARGALIT, 1983: 149. Las dos estrategias para derrotar la presunción guardan relación con lo que POLLOCK (1986: 511; 1991: 34) denominó *rebutting defeaters* y *undercutting defeaters*.

⁷ En este sentido, LAUDAN, 2005: 99 y ss.

tuaciones, la segunda de las cuales (art. 641.2) se dará, literalmente, «[c]uando resulte del sumario haberse cometido un delito y *no haya motivos suficientes* para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores» (la cursiva es mía).

— El art. 503 de la misma ley procesal penal regula las condiciones en que procederá ordenar el ingreso en prisión provisional del imputado. La segunda de las condiciones (art. 503.2) se formula en estos términos:

«[q]ue aparezcan en la causa *motivos bastantes para creer* responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión» (la cursiva es mía)⁸.

Temo que el lector podrá, fácilmente, replicar los ejemplos tomando en consideración los códigos procesales de muchos otros países. Solo permítaseme ofrecer alguno de ellos:

— El art. 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano, relativo a los requisitos para dictar el autor de vinculación a proceso, establece que:

«El juez de control, a petición del agente del Ministerio Público, dictará el auto de vinculación del imputado a proceso, siempre que:

[...]

III. De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan *datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito* y que exista la *probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión*. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito *cuando existan indicios razonables* que así permitan suponerlo» (las cursivas son mías).

Pero ya sabemos que el razonamiento probatorio es probabilístico, lo que necesitamos saber es cuál es el grado de probabilidad requerido para adoptar la decisión.

⁸ Esta formulación tiene su análogo también a nivel internacional en el Estatuto de Roma, que creó y reguló el funcionamiento de la Corte Penal Internacional. Así, su art. 58 establece que: «1. En cualquier momento después de iniciada la investigación, la Sala de Cuestiones Preliminares dictará, a solicitud del fiscal, una orden de detención contra una persona si, tras examinar la solicitud y las pruebas y otra información presentadas por el fiscal, estuviere convencida de que: a) Hay *motivo razonable para creer* que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte» (la cursiva es mía). Puede verse un análisis de este pretendido estándar de prueba, así como de los que rigen para dictar la confirmación de cargos (art. 61.7 del Estatuto de Roma) y para dictar condena (art. 66), en DEI VECCHI y CUMIZ, 2019: 93 y ss.

En Estados Unidos se ha utilizado también una fórmula muy parecida por la Corte Suprema para referirse a las exigencias impuestas por el estándar de la «causa probable» de haber cometido un delito (que habilita el arresto o para realizar una pesquisa sobre la persona o sus propiedades). Así, en *Maryland v. Pringle*, la Corte Suprema dijo que: «No es posible dar una definición precisa o una cuantificación en porcentaje del estándar de la causa probable porque tiene que ver con probabilidades y depende de la totalidad de las circunstancias del caso. [...] Sin embargo, ya hemos establecido que «lo fundamental de cualquier definición de causa probable es que haya un *motivo razonable para creer* en la culpabilidad y que la creencia en la culpabilidad debe ser particularizada respecto de la persona buscada o detenida» (*Maryland v. Pringle*, 540 U.S. 366, 371 (2003) —la cursiva es mía—). Sobre la extrema indeterminación y subjetividad del estándar de la causa probable, puede verse BACIGAL (1979), TASLITZ (2013: 856, quien duda de que la «causa probable» puede ser considerado, en realidad, un estándar) y CRESPO (2020).

— El art. 140 del Código procesal penal chileno, en relación con los requisitos para ordenar la prisión preventiva, establece que:

«Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

[...]

b) Que existen *antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito* como autor, cómplice o encubridor» (las cursivas son mías).

Más allá del erróneo uso del verbo «presumir», que debiera ser sustituido por «inferir», el problema aquí es de nuevo el mismo: ¿cuándo podemos considerar suficientemente fundada la inferencia de que el imputado ha participado en la comisión del delito, a los efectos de adoptar la medida cautelar?

— El art. 530 del *Codice di procedura penale* italiano, relativo a la sentencia absolutoria, establece que:

«[...]

2. El juez pronunciará una sentencia absolutoria si falta, *es insuficiente* o es contradictoria la prueba de que el hecho ha ocurrido, de que el imputado lo haya cometido, de que el hecho constituya delito o de que el delito haya sido cometido por una persona imputable» (la cursiva es mía).

Pero déjenme preguntar de nuevo: ¿cuándo es insuficiente la prueba? Todos estos ejemplos, y muchos otros en el mismo sentido, son muestras de una misma mala práctica: allá donde el legislador debería ofrecer criterios de suficiencia probatoria (*i. e.*, estándares de prueba), se limita a indicar que la prueba será suficiente cuando sea suficiente, bastante, suficientemente fundada, etc.⁹. En resumen, no ofrece criterios de decisión, que son imprescindibles, dejando al juzgador en la imposibilidad de justificar que su decisión cumple con unas exigencias que están indeterminadas.

Sin embargo, no hay forma de dar contenido y hacer efectivas las garantías procesales si se desconocen las reglas de juicio o si estas están indeterminadas¹⁰. Urge, por tanto, conocer los requisitos para formular adecuada-

⁹ Se puede encontrar el mismo problema también en la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Valgan como ejemplo las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Suárez Rosero v. Ecuador* (Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 77), *Cantoral Benavides v. Perú* (Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 120) y *Ricardo Canese v. Paraguay* (Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 153), donde se dice que «[l]a Corte ha señalado que el art. 8.2 de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. *Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla*» (la cursiva es añadida).

¹⁰ Creo que esta es, dicho sea de paso, la crítica más fundamental que puede hacerse tanto al garantismo penal como al garantismo procesal, representados respectivamente por autores como Ferrajoli y Alvarado Velloso. Ambas teorías, de presupuestos muy distintos, comparten el énfasis en las garantías durante el procedimiento judicial, descuidando, en cambio, la necesidad de establecer reglas de juicio que operen como garantías de la no arbitrariedad de las decisiones sobre los hechos.

mente un estándar de prueba y mejorar radicalmente nuestras legislaciones y jurisprudencias al respecto. El primer paso es comprender que la formulación de un estándar de prueba exige el cumplimiento de dos tipos distintos de requerimientos: en primer lugar, los que versan sobre su adecuada formulación desde el punto de vista epistemológico o metodológico y, en segundo lugar, los que apuntan a la fundamentación del nivel de exigencia probatoria establecido en el estándar. Dedicaré los dos próximos capítulos a su análisis por separado.

3. LA NECESIDAD DE CONTAR CON ESTÁNDARES DE PRUEBA

Prácticamente todos los códigos procesales dividen la actividad probatoria en el proceso judicial de uno u otro modo. Por supuesto, esta división en fases puede hacerse con muchos criterios. En un trabajo previo, propuse separar el análisis de la prueba en el proceso judicial teniendo en cuenta el tipo de actividad que se realiza en torno a ella en cada fase del procedimiento. Desde esta perspectiva, tres son los momentos de la actividad probatoria: 1) el momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio o del acervo probatorio; 2) el momento de la valoración de la prueba, y 3) el momento de la decisión sobre la prueba¹¹.

El momento de la conformación del acervo probatorio inicia con la proposición y admisión de la prueba y continúa con la práctica de la prueba. La asunción del objetivo de la averiguación de la verdad sobre los hechos, como fin institucional de la prueba en el proceso, tiene un corolario claro para este primer momento: cuanto más rico sea el conjunto de elementos de juicio del que dispongamos para tomar una decisión, mayor probabilidad de acierto. Si esto es así, desde un punto de vista epistemológico, tendremos que diseñar el procedimiento de tal forma que se maximicen las posibilidades de que ingresen al proceso todas y solo las pruebas relevantes. Pero también deberemos diseñar la práctica de la prueba de tal modo que se pueda extraer de las pruebas admitidas toda la información sobre los hechos y sobre la propia fiabilidad de las pruebas. En definitiva, en este primer momento deberemos centrar las estrategias procesales dirigidas a la minimización de los errores¹².

¹¹ Véase FERRER BELTRÁN, 2007: 41 y ss. Me remito a ese trabajo para mayor abundamiento. En todo caso, vale la pena recordar que esos tres momentos o fases no solo se presentan a nivel macro, teniendo en cuenta todo el proceso y concluyendo con la sentencia final, sino también respecto de otras decisiones intermedias, como por ejemplo las medidas cautelares.

¹² En este sentido, es imprescindible dotar de una mirada epistemológica a los debates sobre la distribución de los poderes probatorios entre las partes y el juez, sobre la dirección del proceso (*judicial management*) y el alcance del principio dispositivo, las obligaciones de colaboración procesal de las partes en materia de prueba y el *discovery*, las formas de practicar la prueba en juicio oral y la implementación integral del principio de contradicción, entre otros.

El momento de la valoración de la prueba inicia cuando las pruebas ya han sido practicadas y, para decirlo gráficamente, el proceso está visto para sentencia (o para adoptar la decisión intermedia de que se trate). En él, el juzgador de los hechos (juez o jurado) deberá valorar la prueba individual y conjuntamente. La valoración individual es un paso previo imprescindible para la valoración de conjunto, y consiste en el análisis de la fiabilidad de cada una de las pruebas¹³, tomada aisladamente y también en relación con otras, como pueden ser las pruebas sobre la prueba. La valoración en conjunto, por su parte, pone en relación las pruebas con las distintas hipótesis sobre los hechos y permitirá concluir qué grado de corroboración¹⁴ aportan aquellas a cada una de estas. Si nos movemos en un sistema de libre valoración de la prueba, este momento estará gobernado únicamente por reglas generales de la racionalidad (reglas epistemológicas), sin la interferencia de reglas jurídicas que predeterminen el resultado probatorio de ningún medio de prueba específico.

Ahora bien, la conclusión de la valoración de la prueba nos permitirá solo llegar a la conclusión de que una hipótesis sobre los hechos tiene un mayor o menor grado de corroboración a partir de las pruebas presentadas y practicadas; pero nunca la valoración de la prueba bastará para tomar una decisión sobre los hechos, porque para ello necesitamos disponer de criterios que determinen si el grado de corroboración alcanzado es o no suficiente para considerar probadas todas o algunas de las hipótesis planteadas. Se puede decir en este sentido que las pruebas subdeterminan la decisión probatoria. Por ello, al momento de la valoración de la prueba le sigue el de la decisión sobre los hechos¹⁵. Esa decisión ya no está (solo) gobernada por la epistemología, sino (también) por reglas jurídicas de decisión que el juzgador debe aplicar en su razonamiento. Esas reglas son, fundamentalmente, de tres tipos: las que establecen cargas de la prueba, las presunciones y los estándares de prueba. Sin embargo, es muy importante observar aquí que las razones que fundamentan esas reglas no son ya epistemológicas. Como bien ha destacado Stein, por lo que hace a los estándares de prueba, la decisión sobre el grado de corroboración requerido para cada tipo de casos no es en absoluto epistemológica¹⁶.

¹³ Aunque parte de este análisis puede haberse hecho ya en el momento de decidir sobre la admisibilidad de la prueba, ello no obsta para que ahora sea de nuevo necesario a la luz de la información obtenida en la práctica de la prueba.

¹⁴ Uso el término «corroboración» sin compromiso alguno con la noción popperiana de «*corroboration*», por su familiaridad en el discurso jurídico general y jurisprudencial en particular. Así, podrán entenderse como sinónimas expresiones como «grado de corroboración de una hipótesis», «grado de confirmación de una hipótesis», «la medida en que una prueba acredita una hipótesis», etc. Respecto de los usos filosóficos del término «corroboración», puede verse An. MURA y Al. MURA, 2018: 282-283, nota 77.

¹⁵ En el mismo sentido, TUZET, 2020: 94, quien muestra la confusión habitual entre criterios de valoración de la prueba y estándares de prueba, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en especial del TEDH (al considerar repetidamente al más allá de toda duda razonable como un criterio de valoración de la prueba).

¹⁶ Véase STEIN, 2005: 121-122.

La epistemología nos puede ayudar a delinear un estándar de prueba que refleje correctamente el nivel de suficiencia probatoria que hayamos decidido requerir, pero no nos dice nada sobre cuál es el nivel adecuado. Esta es, como veremos más adelante, una decisión política¹⁷: en efecto, como he señalado ya repetidamente, los estándares de prueba son reglas que determinan el grado de confirmación que una hipótesis debe tener, a partir de las pruebas, para poder ser dada por probada a los efectos de adoptar una determinada decisión; pero al hacerlo, realizan también una segunda función de la mayor importancia, *i. e.*, distribuir el riesgo del error entre las partes; y evidentemente es una cuestión política y no epistemológica determinar cuánto riesgo de error nos parece asumible que soporte cada una de las partes en un procedimiento judicial. En el capítulo II analizaré lo atinente a la distribución del riesgo del error. Por el momento, basta insistir en que si no disponemos de estándares de prueba predeterminados para cada tipo de casos resulta imposible determinar justificadamente que una hipótesis sobre los hechos ha sido probada, puesto que desconocemos cuándo las pruebas aportan corroboración suficiente para justificar esa conclusión.

Bayón ha argumentado que un sistema jurídico (o un sector del mismo) que fuera indiferente a la distribución del riesgo del error entre las partes en un proceso, «no necesitaría en absoluto una regla o criterio de decisión *externo o adicional* al propio proceso de valoración racional para determinar qué debe considerarse probado (es decir, no habría razón alguna para que no se limitara a tener directa e inmediatamente por probada la “única hipótesis no refutada” o la que “hubiese alcanzado un mayor grado de confirmación”)»¹⁸. Así, parecería que, en términos de Bayón, solo necesitaríamos disponer de estándares de prueba si queremos diseñar un sistema más que mínimamente sensible a la distribución del riesgo del error¹⁹, tratando así a la preponderancia de la

¹⁷ Lo que no es específico del derecho. También la farmacología, la historia, la epidemiología o la astronomía necesitan de estándares de prueba claramente definidos. Y tampoco la epistemología sirve en esos campos para definir el nivel de exigencia del estándar. Se trata también en esos casos de decisiones sociales (*i. e.*, de la comunidad científica) que toman en cuenta los bienes en juego. No es extraño, pues, que el estándar de prueba farmacológico sea mucho más elevado que el de la historia. Y ello no por razones epistemológicas, sino por el coste del error sobre los bienes en juego. La única diferencia en el caso del derecho es que tenemos mecanismos institucionales para adoptar las decisiones sobre los estándares de prueba.

¹⁸ Véase BAYÓN, 2008: 22-23. Las cursivas son del autor.

¹⁹ *Ibid.*: 24. Bayón considera que un sistema es mínimamente sensible a la distribución del riesgo del error «cuando *no corrige* (porque entiende que no hay ninguna justificación para hacerlo) la asignación del mismo que resultaría de tener por probada la hipótesis con un grado de confirmación más alto, pero al menos *dirime* (no aleatoriamente) qué parte está llamada a soportar el riesgo del error cuando las hipótesis rivales tienen el mismo grado de confirmación» (*ibid.*: 25. Las cursivas son del autor). Debo anotar aquí que los argumentos de Bayón tienen una segunda parte, dirigida a mostrar que no es posible diseñar estándares de prueba «objetivos» para los casos en que prefiramos un sistema más que mínimamente sensible a la distribución del riesgo del error, *i. e.*, los casos en que se prefiera un estándar de prueba más exigente que la preponderancia de la prueba. Así, su argumento completo sería que para unos casos no es necesario y para los otros no es posible. Abordaré la segunda parte de su argumentación en el capítulo siguiente.

prueba (o a la probabilidad prevaleciente, si prefiere ese nombre) como el criterio de decisión racional por defecto, que se obtendría directamente de los criterios de valoración racional de la prueba.

Sin embargo, temo que estos argumentos están lejos de ser concluyentes: en primer lugar, aunque se acepte, como yo hago, que no es racional considerar probada una hipótesis que, a la luz de las pruebas presentadas, tiene un grado de confirmación menor que otra de las hipótesis consideradas, ello no implica que, para el caso que se debe decidir, la exigencia probatoria deba ser esa mínima, salvo que se suponga una especie de estándar de prueba por defecto que establezca que si no se dice otra cosa la regla será la de la preponderancia de la prueba. Pero entonces será ese estándar de prueba por defecto, y no los criterios de valoración de la prueba, el que regule la decisión probatoria. En segundo lugar, Bayón parece no advertir que tampoco la preponderancia de la prueba es un criterio unívoco, como mostraré en el capítulo IV. En efecto, ¿cuáles son las hipótesis a comparar para determinar la confirmación prevalente de una de ellas?, ¿la del actor y su negación?, ¿solo las formuladas por las partes?, ¿todas las que puedan explicar los hechos del caso? Y, por otra parte, ¿exigimos que se hayan aportado al proceso una cierta cantidad o proporción de las pruebas relevantes?, es decir, ¿imponemos exigencias de peso probatorio o de comprensividad de la prueba, en términos de Haack²⁰? ¿O bien nos limitamos a comparar el grado de confirmación aportado a cada una de las hipótesis por las pruebas aportadas, aunque estas sean muy escasas, y declaramos probada la hipótesis con mayor soporte relativo?²¹. Todas estas cuestiones deben ser también resueltas por un estándar de prueba, tienen un impacto importante en la distribución del riesgo del error y en absoluto pueden ser respondidas con el único apoyo de los criterios de valoración de la prueba, cuyo objeto es otro.

También Nieva ha argumentado contra la necesidad de contar con estándares de prueba²². Para este autor, los estándares de prueba son una reminiscencia del pasado, que tiene su origen en la prueba legal y buscan facilitar (u ordenar) la labor del juzgador (especialmente en el caso de los jurados, mediante instrucciones sobre el modo en que deben decidir)²³. Se trataría de una reminiscencia, puesto que su existencia no tendría sentido en un sistema de libre valoración de la prueba, incompatibilidad que se acre-

²⁰ Véase, entre otras obras de la autora, HAACK, 1993: 82.

²¹ Las planteadas no son solo preguntas teóricas, sino que tienen su traslación al modo en que los tribunales aplican el estándar de la preponderancia de la prueba. Así, por ejemplo, para el caso inglés, puede verse la presentación de REDMAYNE: 1999: 174 y ss., y la jurisprudencia allí citada. Una presentación histórica de las diversas versiones del estándar de la preponderancia de la prueba (o del balance de probabilidades) puede verse en LEUBSDORF, 2015: 1607 y ss.

²² NIEVA FENOLL, 2010: 85-88; 2020: 12 y ss.

²³ También IACOVIELLO (2006: 3874; 2013: 434-436) vincula la necesidad de estándares de prueba a los sistemas procesales de juicio por jurado sin motivación.