

Análisis crítico de la probabilidad prevalente

Mariano Ibáñez

1. El estándar de prueba: el concepto de moda. Su incidencia en materia penal [\[arriba\]](#)

Es mucho lo que se viene escribiendo en doctrina procesal sobre el tema estándar de prueba. Ríos de tinta se volcaron en los últimos años en torno a la explicación de tal fenómeno procesal que es presentado tal si fuera la llave de bóveda para entender todo lo referente a valoración de la prueba. Es, permítaseme la expresión, tal vez el instituto que más de moda está en la doctrina procesal moderna.

Sin pretender ahondar en las dificultades que presentan en relación al tema estándar de prueba, diré que la primera idea que se extrae cuando se estudia esta temática es que existe una importante diferencia entre el grado de convicción judicial exigible para condenar en el proceso penal y el necesario para estimar la pretensión en el proceso civil, designado corrientemente como estándar de probabilidades prevalentes. En efecto, para sus seguidores, cabe distinguir básicamente dos estándares o grados de prueba distintos, exigidos en cada orden jurisdiccional: el penal y el civil.

En el proceso penal, dicen que, por distintas razones (la formulación constitucional de la presunción de no culpabilidad, que se explica por razones histórico políticas: por la reacción a regímenes totalitarios en los que correspondía al imputado aportar la prueba de su inocencia, y por otras razones lógicas o sistémicas que no cabe aquí reproducir), el legislador considera oportuno adoptar estándares que contemplan grados de confirmación probatoria más elevados que el que ofrece la probabilidad prevalente. Como explica Michele Taruffo[1]: "La razón fundamental por la que un sistema penal debería adoptar el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable es, esencialmente, de naturaleza ética o ética-política: se trata de lograr que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando haya alcanzado - al menos en tendencia- la "certeza" de su culpabilidad: mientras que el imputado deberá quedar absuelto todas las veces en las que existan dudas razonables, a pesar de las pruebas en su contra, de que sea inocente. El estándar probatorio en cuestión es, por lo mismo, particularmente elevado -y es mucho más elevado que el de la probabilidad prevalente- porque en el proceso penal entran en juego las garantías a favor de los acusados, que no tienen un equivalente en el caso del proceso civil. Se trata, por lo tanto, de la elección de una policy, lo que explica la adopción del criterio de la prueba razonable: la policy es la de limitar las condenas penales únicamente a los casos en los que el juez haya establecido con certeza o casi-certeza -o sea sin que exista, con base en las pruebas, ninguna probabilidad razonable de duda- que el imputado es culpable".

Es que el derecho penal fija un estándar de prueba más exigente, requiriendo un grado de corroboración mayor a la preponderancia relativa para que una hipótesis pueda tenerse por probada. VIALE DE GIL[2], citando a Taruffo, lo explica en los siguientes términos: "Lo que se produce de ese modo es una distribución diferenciada del riesgo de error entre las partes de un proceso, pues al elevar el umbral de suficiencia de la prueba se reduce, por una parte, el riesgo de que se cometa un error al declarar probada una proposición fáctica (es decir, el riesgo de que se declare probada una proposición falsa o riesgo de un falso positivo), pero aumenta correlativamente, por otro lado, el riesgo de que se yerre al declarar no probada una proposición fáctica (es decir, el riesgo de que se declare no probada una

proposición verdadera o falso negativo). Este efecto, se aprecia con mayor claridad, si se hace un contraste con lo que ocurre cuando se aplica el estándar mínimo de prueba. Bajo ese estándar, el riesgo de error se distribuye igualitariamente, de modo que el riesgo de error al tener por probada en un caso una proposición, es simétrico al riesgo de error al no declararla probada, pues los dos tipos de error se producen cuando las evidencias disponibles confirman en mayor grado una hipótesis que resulta falsa (el falso positivo cuando la hipótesis que se trata de probar resulta mayormente corroborada que las demás hipótesis incompatibles propuestas o que su negación y, sin embargo, es falsa; el falso negativo cuando resulta mayormente confirmada por las pruebas una hipótesis incompatible con la que se trata de probar o bien su negación). En el caso de un estándar más exigente, en cambio, disminuye el riesgo de error al declarar probada una proposición, pues se requerirá una prueba de mayor contundencia que la puramente preponderante; y a la vez, el riesgo de error al declarar no probada una proposición fáctica es más alto, pues aún si las pruebas disponibles corroboran esa proposición en mayor grado que a su negación o a las proposiciones incompatibles que hayan sido sostenidas en el proceso, el estándar requiere que si no se satisface el umbral más alto que él fija, la proposición en cuestión se tenga por no probada. En definitiva, los fines que subyacen a los dos estándares de prueba son diferentes. En el caso de un estándar de prueba mínimo el fin que se persigue es evitar en general el error al determinar los hechos en un proceso. Se trata, en este sentido, del estándar más funcional si se toma en cuenta únicamente el fin de averiguación de la verdad. Por eso, puede considerarse que a falta de una regla legal que fije en forma expresa un estándar de prueba para un determinado proceso, este sería el estándar supletorio, determinado por la exigencia de racionalidad en la valoración de la prueba, que requiere, precisamente, la utilización al ponderar la prueba de los medios más idóneos para el fin de averiguar la verdad (Taruffo, M., 305-331: 2009). Cuando se adopta, en cambio, un estándar probatorio más exigente, lo que está en juego es evitar especialmente un tipo de error, el falso positivo (declarar probada una proposición falsa), aún a costa de elevar el riesgo de falsos negativos (declarar no probada una proposición verdadera). Se trata, como se puede observar, de un fin diferente al de la pura averiguación de la verdad y que está parcialmente en tensión con este. La asunción de ese fin, y su realización a través de un estándar de prueba de mayor exigencia que el de preponderancia de la prueba, supone que el error al declarar probada una proposición falsa en una determinada clase de proceso sea valorado como mayormente grave por sus costos por la comunidad política. Esto último es lo que debiera ocurrir, de acuerdo con la concepción moral de larga tradición en Occidente, respecto de las proposiciones que integran la acusación en el caso del proceso penal, pues los costos de la condena penal errónea de un inocente, por la afectación que puede implicar de bienes fundamentales del sujeto, como la libertad y la honra, justificarían que ese error se considere de mayor gravedad que el error al absolver a un culpable. Esta valoración diferenciada de la gravedad de los errores en que es posible incurrir al determinar los hechos en un proceso penal justificaría, según esta concepción moral, que se intente evitar especialmente el riesgo de error al condenar, fijando un estándar de prueba especialmente exigente -más exigente que el de mera preponderancia de la prueba- para que puedan tenerse por probadas las proposiciones fácticas sostenidas por la acusación".

Por su parte, Larry Laudan[3] lo caracteriza como un valor cuasi epistémico, distinguiéndolo tanto de los valores epistémicos -la averiguación de la verdad y la minimización del error-, como de los valores extra epistémicos que son relevantes en la justificación de reglas procesales. El mismo autor finaliza su ponencia explicando técnicamente la idea de que en un Estado de Derecho es mejor que mil culpables sean absueltos a que un solo inocente sea condenado injustamente. Lo

explica en los siguientes términos[4]: "Considere, en primer lugar, el beneficio de la duda. A menudo se dice que el acusado tiene siempre el derecho del beneficio de la duda. Esta es una manera no atinada de decirlo, ya que siempre hay alguna duda residual. Si debiéramos dar a un acusado todo el beneficio de la duda, sería imposible condenar a alguien. Por esta razón, tenemos que decidir a cuánto beneficio de la duda tiene derecho. Responderé a esta pregunta de una manera directa: un estándar de prueba alto ya incorpora un beneficio de la duda inmenso. Este le indica al acusado: 'Usted será absuelto, incluso si pensamos que es probablemente culpable, a menos que el nivel de su culpabilidad satisfaga un estándar de prueba muy exigente'. En resumen, no hay beneficio de la duda que sea de fundamentación-libre, independientemente del estándar de prueba. El nivel apropiado del beneficio de la duda está ya incorporado en un estándar de prueba favorable al acusado. Así, dado un estándar exigente, el principio de in dubio pro reo habrá sido ya incorporado en el juicio y no tendrá un rol diferenciado más allá del propio estándar de prueba. Considere, ahora, la presunción de inocencia. Los tribunales, especialmente en el mundo anglosajón, han tendido a suponer que la presunción de inocencia requiere que el juzgador de los hechos comience el juicio creyendo que el acusado no cometió el crimen, esto es, que es materialmente inocente. Con un estándar de prueba apropiado, la presunción de inocencia material no sería más necesaria ni apropiada. Lo que sería exigible es que el juzgador de los hechos crea que la culpabilidad del acusado tiene que ser probada (lo que llamo la presunción de inocencia probatoria), y que la única prueba relevante para su culpabilidad o inocencia es la prueba que será producida en el juicio. Finalmente, ¿qué sucede con el otro instrumento de distribución del error, la carga de la prueba de la acusación? Pues que se convierte en enteramente superfluo. Un estándar de prueba exigente ya deja claro que la culpabilidad del acusado debe ser probada en un nivel muy elevado y que el acusado debe ser absuelto, si no se satisface el estándar de prueba. En tanto que podemos suponer, que el acusado no ofrecerá pruebas sólidas de su propia culpa, la carga de demostrar la culpabilidad conforme al estándar pertinente inevitablemente caerá en el acusador. En resumen, básicamente el único mecanismo para la distribución de los errores que se requiere en un juicio es un estándar no-subjetivo de la prueba. Si ponemos ese estándar a la altura correcta, capturará completamente nuestras creencias compartidas acerca de la ratio apropiada de absoluciones... Para ser más explícito, esto supone que las reglas de la evidencia y del procedimiento deberían ser diseñar con miras a aminorar el error judicial y no con el objetivo de reducir la posibilidad de una absolución falsa (que es una cuestión que concierne exclusivamente al tema de la distribución). Las reglas existentes en todo sistema jurídico, al menos de los que conozco, están llenas de esfuerzos, bien intencionados pero mal entendidos, encaminados a rebajar la escala de justicia con el fin de que sea más difícil obtener la culpabilidad".

2. El estándar de prueba en el proceso civil [\[arriba\]](#)

En el acápite precedente, se explicó una cuestión que en términos genéricos aparece razonable. Ahora bien, y aquí comienzan los problemas según mi criterio, el concepto de estándar de prueba en el proceso civil presenta contornos no del todo nítidos y su justificación no parece tampoco del todo razonable. Veamos, sus seguidores explican que, frente al rígido estándar del proceso penal, en el proceso civil, se impone un grado de prueba sensiblemente inferior, pues resulta suficiente que la pretensión sea acreditada mediante prueba preponderante (preponderance evidence); esto es, se exige que la existencia del hecho quede más acreditada que su inexistencia, medida en un porcentual total de 100%. Así, conforme a la probabilidad prevalente, la convicción se logra superando el grado de probabilidad inferior al mínimo necesario (50%). Con ello es suficiente. Por ello, para obtener

certeza es necesario que se supere este umbral mínimo del rango de probabilidad de la hipótesis, esto es que se coloque por encima del 50%. Ubicando en la más mínima superación del 50% el nivel de probabilidad que debe superarse para probar un hecho, el sistema se conforma. En palabras de MICHELE TARUFFO[5]: "El estándar de la probabilidad prevalente es racional porque es más razonable elegir como "verdadera" la hipótesis más probable, en lugar de la hipótesis menos probable". Siguiendo a Taruffo[6], el nivel mínimo de suficiencia es el que requiere que se tenga por probada la proposición fáctica que resulte más corroborada por las pruebas disponibles; esto es, que resulte más corroborada que las proposiciones incompatibles con ella que se hayan planteado en el proceso o, en todo caso, más corroborada que su negación. Este umbral puede considerarse "mínimo" porque un estándar menos exigente implicaría que se debiera tener por probada una hipótesis menos corroborada o, dicho de otro modo, menos probablemente verdadera, que otras hipótesis sostenidas en el proceso, lo que constituiría una directiva incompatible con la exigencia de valoración racional de la prueba. La racionalidad de este sistema de probabilidad prevalente es detalladamente explicada por TARUFFO[7], y que en resumen se explica en virtud de que sería irracional dejar que el juzgador eligiera la versión de los hechos que esté menos apoyada por los medios de prueba.

En definitiva, este estándar de prueba mínimo suele conocerse como estándar de preponderancia o prevalencia de la prueba, y en general se considera aplicable en los procesos civiles. Es así que en el proceso civil, se impone un grado de prueba sensiblemente inferior en comparación al rígido estándar penal, pues resulta suficiente que la pretensión sea acreditada mediante la prueba preponderante (preponderance evidence); esto es, se exige que la existencia del hecho quede más acreditada que su inexistencia.

3. Los lineamientos básicos de la confirmación procesal explicada por el Maestro Alvarado Velloso [\[arriba\]](#)

Dicho y entendido todo ello, repasaré en este acápite, los lineamientos básicos de la confirmación procesal explicada por el Maestro Alvarado Velloso, respecto a cómo debe funcionar un verdadero sistema procesal con pautas directrices de absoluta objetividad que hagan previsible (máxima seguridad para las partes) el eventual resultado del litigio, para luego cotejarlo con la explicación dada por el estándar de prueba en el sistema de probabilidad prevalente común a todo proceso no penal.

Así pues, Alvarado Velloso al hablar de posibles medios, destaca que, en general y enunciados conforme al grado de eficacia confirmatoria que ostentan, se denominan[8]: de comprobación (producen certeza), de acreditación (producen verosimilitud), de mostración (producen percepción) y de convicción (producen probabilidad). De su lectura, se advierte que ello no es sino una adecuada y lógica sistematización en reemplazo de los nombres convencionales empleados desde antaño por la doctrina tradicional para los medios de prueba.

Allí, Alvarado explica que el único auténtico medio de prueba (prueba propiamente dicha) es la comprobación[9], a la que define castizamente, como lo que se hace para revisar o confirmar un hecho o dato o una teoría aplicándola en experimentos o casos concretos, aclarando en tal sentido, que toda comprobación implica experimentación, ensayo o verificación para lograr la obtención de un resultado y que, cuando es de carácter científico y el estado actual de la respectiva ciencia lo permite, debe ser idéntico para toda persona, en todo tiempo y en todo lugar. Por lo que así concebido, es obvio que configura un medio sumamente restringido que

se presenta procesalmente de modo exclusivo en el peritaje científico (no en el de opinión) de cuyo resultado el Juez jamás podría apartarse.

Luego, explica la acreditación[10], que es una función que se hace en el presente para poder confirmar en el futuro la existencia de ciertos hechos y relaciones jurídicas. De tal modo, acreditar, según Alvarado Velloso, es dejar constancia de lo sucedido, no importando si con ello se refiere a un fenómeno de la naturaleza o a una expresión humana, explicando que dicha constancia es la transmisión de un pensamiento o de una conducta a través de un objeto que confirma su realización. Y así, en una adecuada sistematización de todo lo que la doctrina comprende dentro de la voz prueba documental, Alvarado Velloso califica los medios de acreditación en[11]: instrumentos, documentos, monumentos y registros. Seguidamente el Maestro explica la mostración[12], neologismo que implica la sustantivación del verbo mostrar (exponer a la vista o dejar ver) y que, en términos de confirmación procesal, refiere a lo que el juez ve cuando reconoce o hace inspección (judicial) de personas, lugares y cosas.

Finalmente, explica la convicción[13], vocablo que significa seguridad de algo que parece lógico racionalmente. Psicológicamente, es el fenómeno interno que se produce en la mente del juzgador que posibilita la inclinación de su ánimo hacia la aceptación como probable de una afirmación (“se convence de ella”) que no es comprobable ni acreditable, y que involucra el peritaje de opinión, el testimonio, el indicio, la presunción, y hasta la confesión.

Así, respecto de esta última, y aunque desde la lógica histórica se la privilegió frente a todos los demás medios probatorios (y se la ungió como la probatio probatissima, de donde nace el antiguo refrán “a confesión de parte, relevo de prueba...”), en rigor lo confesado no siempre coincide con lo acontecido en el plano fáctico. En efecto, puede ocurrir que inadvertidamente la utilización del lenguaje técnico-jurídico lleve al absolvente a decir es cierto, sin plena conciencia de sus efectos, lo que suele suceder en los procesos laborales atendiendo a las dificultades de comprensión de los trabajadores por su bajo nivel socio-cultural o intelectual. O inclusive, que el absolvente confiese con plena conciencia de que lo confesado no coincide con lo sucedido en el plano fáctico. En tal sentido, Alvarado Velloso enseña ejemplos en los cuales esa coincidencia no se presenta. Dice el maestro[14]: “Muchas veces -en rigor, más de las que podemos imaginar- un padre confiesa haber cometido el delito imputado a un hijo. Si bien se mira, ¡se trata de noble actitud fundada en el amor filial! Pero que, a la postre, proclama que lo confesado puede no coincidir con la realidad... El problema no se detiene allí: la historia reciente muestra que en la época dorada de la mafia conocida como cosa nostra, había personas que -por dinero- confesaban haber cometido los delitos imputados al capo mafiosi. Y esto no se presenta como hecho noble y amoroso sino como vil negocio”.

4.- El estándar de prueba en el proceso civil frente a los lineamientos básicos de la confirmación procesal [\[arriba\]](#)

Ahora bien y retomando, cabe preguntarse cómo funciona en la práctica el estándar de prueba preponderante en los procesos en los que prima la convicción, el cual es utilizado cuando hay ausencia de otros medios de mayor gradación en el campo de la confirmación, pero que a la postre representa la gran mayoría de los juicios que tramitan por los tribunales de cualquier jurisdicción. En efecto, cabe recordar que los medios de convicción son los que más se usan en la tarea de confirmar

procesalmente.[15] Y aunque sea el menos importante de todos, es por el que se resuelven en la práctica la mayoría de los procesos judiciales.

Así, la mayoría de los procesos se define por convicción, en el cual el ánimo del juzgador se inclina sin más hacia la aceptación como probable de una afirmación. Simplemente "se convence de ella", en palabras de Alvarado Velloso, siendo poco menos que imposible en tales casos efectivizar la medición en términos de que "la existencia del hecho quede más acreditada que su inexistencia, medida en un porcentual total de 100%".

Y ello es así porque en esencia, la convicción se presenta como un medio confirmatorio puramente subjetivo que se aparta de la objetividad manifiesta propia de los medios de comprobación y de acreditación.

De allí que jamás podríamos medir en términos porcentuales la convicción del juzgador. Diremos simplemente que el Juzgador se convenció, ello es lo único objetivo y real. Luego, se podría decir en términos de vaticinio improbable de la probabilidad prevalente, que el mínimo necesario del 50% fue superado por un 1% (51%-49%) o por un 50 % (100%-0%), o por cualquier punto entre tales extremos, lo mismo da. Nunca ello podrá ser medido en la psiquis del juzgador, ni por él mismo ni menos por otros sujetos. En todos casos, y utilizando la terminología propia esta teoría, lo único cierto será que el grado de probabilidad superó el mínimo necesario del 50%. O, en términos de Taruffo, que superó el nivel mínimo de suficiencia que requiere que se tenga por probada la proposición fáctica que resulte más corroborada por las pruebas disponibles. Y nada más que ello. Aunque en realidad, la convicción no puede ser expresada en términos porcentuales. Es que la convicción produce solo probabilidad, y la probabilidad no puede medirse en términos porcentuales. No al menos desde una perspectiva seria y con rigor lógico. Luego, volveré sobre ello.

Pero a su vez, tampoco el régimen jurídico constituye un sistema de tipo axiomático deductivo carente de defectos sistémicos. Por el contrario, adolece tanto de problemas derivados de interpretación del lenguaje jurídico (ambigüedades, vaguedades, carga emotiva del lenguaje) y también de imperfecciones o defectos lógicos, como son las contradicciones entre normas jurídicas, la redundancia normativa, las lagunas del derecho, la inoperancia de ciertas normas jurídicas etc.

Si bien se mira, la convicción en términos porcentuales tal como lo explican los seguidores del estándar de prueba, pareciera propio de un sistema de tipo axiomático deductivo que permite con rigor lógico y exactitud tales mediciones. Pero es obvio que en un sistema social que como el sistema jurídico, tiene un sinnúmero de defectos lógicos-sistémicos (contradicciones, redundancia, lagunas, inoperancia, defectos de lenguaje), en el cual el Juez sentencia en base a acreditación, mostración y la mayoría de las veces, por convicción. Ello trasunta que la medición en términos porcentuales que explican los estándares de prueba es una quimera. Inclusive tampoco una sentencia que haya sido dictada en base a la acreditación lo permite, puesto que tampoco la verosimilitud admite tal medida. Es que en la verosimilitud hay aproximación, no exactitud que permita un cálculo porcentual.

Y el único medio confirmatorio que produce verdaderamente certeza en un proceso judicial como es el de comprobación, el cálculo en términos porcentuales sería estéril, puesto que, en todos casos, justamente por la estricta certeza que caracteriza a la comprobación, si aplicásemos el estándar de prueba preponderante diremos siempre que el mínimo necesario del 50% fue superado por un 50 % (100%-

0%) o, eventualmente, por el porcentaje que indique la ciencia, como sería el 99.98% de probabilidades de certeza que otorga la prueba de ADN cuando es en sangre.

En efecto, y como bien lo explica Alvarado Velloso, el ensayo o verificación que caracteriza a la comprobación hace que el resultado sea idéntico para toda persona, en todo tiempo y en todo lugar, y como tal incontestable (en toda persona, tiempo y lugar existe la certeza de la verificabilidad de las reglas empleadas para hacer la verificación). Dice Alvarado Velloso[16]: "parece claro para el pensamiento lógico que el juez no debe apartarse jamás del resultado de un verdadero peritaje científico que, por sus mismos fundamentos, lo vincula a una realidad que no le es dado ignorar. O, acaso, ¿puede el juez desconocer un dictamen que afirma la existencia de la ley de gravedad so pretexto de que no lo convence o de que él opina lo contrario?".

Y justamente los resultados definitivamente incontestables de una comprobación hacen que deba ser aceptado irremediamente por el juez, lo que trasunta lo infructífero de la medición propuesta por el estándar de prueba preponderante. En efecto, traspolado a la terminología del estándar de prueba preponderante, equivaldría siempre e invariablemente, a un 100% de convicción (o el porcentaje de probabilidades científicamente establecida como sería para el ejemplo de ADN en sangre, el 99.98%), sin que se pueda admitir la más mínima posibilidad lógica de que ello no fuese así, desechando de plano una medición intermedia. Es decir que por lógica se descarta toda medición en términos porcentuales de la escala que va del 50 al 100% o al porcentaje científicamente establecido, puesto que, insisto, siempre e invariablemente se concluirá en un 100% de convicción, o el cercano al 100% que indique la ciencia.

5. El estándar de prueba nos recuerda a la prueba tasada, pero se aplica en el sistema de prueba convictiva [\[arriba\]](#)

Cabe recordar que hay tarifa legal, cuando una ley determina o señala la eficacia probatoria que deberá conceder el Juzgador en ciertos casos. La prueba legal, la prueba tasada, solo tiene sentido a propósito de la valoración de la prueba, y si bien es definida por el legislador (que es quien valora) en forma previa al proceso mismo, su aplicación por el Juez en el caso concreto, se cumple dentro del proceso. En el sistema libre, en cambio, la actividad llevada a cabo por el Juez (que es quien valora) aparece en una fase posterior a la práctica de la prueba.

Sea como fuere, y en esto radica su denominador común, la tarifa legal implica una limitación, una restricción para el juez, quien ya no podrá hacer una libre valoración personal y concreta del material probatorio. Por ello, los autores suelen hablar del sistema de las pruebas legales en oposición al de la libre apreciación.[17]

En tal sentido, lo expone con su habitual claridad el maestro Adolfo Alvarado Velloso[18], al explicar los dos sistemas de evaluación de medios de confirmación: "a) el que se conoce con la denominación de prueba tasada o legal (establecida por el propio legislador y que los jueces no pueden ignorar); b) el que se menciona como sistema de prueba convictiva (que puede analizar el juez según sus propios parámetros interpretativos, fallando luego a base de lo que realmente lo haya convencido para emitir su decisión en determinado sentido)...Su diferencia reside en la circunstancia de que mientras el primero reserva al arbitrio judicial la determinación de la eficacia de la prueba en cada caso concreto, el segundo subordina aquel arbitrio a la aplicación de reglas legales que, en términos generales y abstractos, fijan por anticipado el valor que corresponde asignar a ciertos medios

de prueba, o bien los desechan como tales cuando se trata de acreditar determinados hechos”.

Ahora bien, a esta altura del desarrollo de la presente ponencia, vale aclarar que es en los regímenes de libre valoración, donde la decisión judicial sobre la prueba está sujeta a exigencias de racionalidad -o, como se suele decir, de “sana crítica”-, donde juega su papel, o son aplicables, los estándares probatorios, y no en un supuesto de prueba tasada o tarifa legal. En tal sentido, expresa Mercedes Fernández López[19]: “Como bien es sabido, estas reglas no tienen que verse necesariamente como reglas de prueba tasada, sino que solo se trata de criterios que el órgano jurisdiccional ha de tener en cuenta para dotar de fiabilidad a la fuente de prueba y a su declaración”. En forma concordante lo destaca Viale De Gil[20] al decir: “Para decidir en forma justificada si está o no está probada en un proceso una determinada proposición sobre los hechos del caso es necesario, en un sistema de libre valoración probatoria, contar con un estándar para evaluar si las pruebas disponibles, valoradas racionalmente, son suficientes para considerarla probada”.

Y digo esto porque la certeza en las mediciones porcentuales que propone el estándar de prueba preponderante o probabilidad prevalente, se asemeja en todos casos a la tarifa legal, en cuanto el Juez se sujeta o limita a reglas abstractas preestablecidas, que les señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar en presencia o por la ausencia de determinados medios de prueba. Aunque incluso aquí sería difícil cuantificar en términos porcentuales su resultado, al menos parecería un poco más viable, puesto que en la tarifa legal la convicción del juzgador se halla sujeta a la aplicación de normas rígidas que le señalan al Juzgador los tipos abstractos de verdad y por tanto objetivamente más susceptibles de medición. Justamente la principal crítica al sistema de tarifa legal es que mecaniza o automatiza la función del juez por un formalismo demasiado severo, en un aspecto importante del proceso como es la valoración o apreciación de las pruebas, al punto de convertir al Juez en un contable. En tal sentido, Muñoz Sabate[21] definía la prueba tasada como: “un formalismo demasiado severo, quedando todo reducido a aquellas famosas tarifas, que eran una especie de boletín de cotización del valor atribuido a cada medio concreto de prueba. Y es indudable que por ese camino el Juez se convirtiera en un contable”.

Entenderá el lector el porqué del título del presente acápite. Es que en efecto el estándar de prueba se parece, en el sentido explicado precedentemente, a la prueba tasada, pero paradójicamente se aplica en el sistema de prueba convictiva.

Aunque insisto que estrictamente y en rigor de verdad, aún aquí sería muy difícil la medición de la convicción en términos porcentuales, tal como lo proponen los seguidores del estándar de prueba, más allá de la previsibilidad y seguridad jurídica que implica que el legislador se reserve para sí el establecer cuál es el exacto valor confirmatorio que tiene cada medio en particular para que así y no de otra forma lo evalúe el juez en cada caso concreto.

Ello por cuanto estrictamente, el método de utilización de términos porcentuales tal como lo hacen los seguidores del estándar de prueba, es privativo de un sistema de tipo axiomático deductivo cuya exactitud y precisión permite objetivamente el uso de tales mediciones porcentuales. O al menos un sistema mixto que reconozca un segmento de tales características. Piénsese por ejemplo en un sistema de estadísticas que reconoce una primera etapa de recolección de datos mediante

encuestas, pero que volcadas las mismas en una etapa posterior, son susceptibles de ser cuantificadas en términos porcentuales.

A mi criterio el defecto de raíz del estándar de prueba es pretender trasvasar un método propio de una ciencia exacta a algo tan volátil y subjetivo como es la psiquis del Juez que resuelve un proceso judicial, tal como lo explicaré en el punto subsiguiente.

6. Lo mensurable y lo no mensurable [\[arriba\]](#)

En efecto, pretender trasladar un método propio de una ciencia exacta a algo tan impalpable y subjetivo como es la psiquis del Juez que resuelve un proceso judicial es el error no advertido por la mayoría de la doctrina procesal que sigue a los estándares de prueba, puesto que como se vio en los parágrafos precedentes, no existe parámetro de carácter objetivo en la psiquis del Juez antes del dictado de la sentencia de mérito. Tendrá la convicción sobre los hechos controvertidos (lo cual supone la actividad probatoria haya sido eficaz) o falta de certeza (lo que implica que tal actividad no ha sido lo suficientemente eficaz). Y nada más de ello.

Por que como explica Alvarado Velloso[22]: “En la mayoría de los casos en los cuales un juzgador cumple la tarea de juzgar, en orden a las pretensiones y defensas esgrimidas tiene cuasi decidido el pleito inmediatamente después de contrastar demanda y contestación. Cuando le resulta menester el análisis de medios confirmatorios producidos en la causa, en tanto los razona mentalmente puede ir manteniendo o cambiando su posición originaria según el grado de convicción que cada medio le produzca, pues no siempre es sencillo adoptar una solución que sea decisiva en el pleito. Pero en algún momento ella se logra y es menester emitirla”. Continúa explicando Alvarado Velloso los dos subsistemas que encuadran en el concepto de convicción en los siguientes términos: “Cuando eso ocurre, y el juez se halla ante la inminencia de dictar sentencia: 1) o nada explicará en ella acerca de las razones que tuvo en cuenta para tomar una decisión y no otra; 2) o tendrá que explicarlas con la mayor prolijidad posible por mandato de la ley, para lograr con ello que quien pierda en definitiva el pleito acepte convencido la justicia de lo resuelto. Y esto es lo que origina dos subsistemas que encuadran en el concepto de convicción: el primero, en el cual el juez nada explica, se conoce como libre convicción (o, también, de íntimo convencimiento o de convicción moral) y es el que emplean siempre los miembros de un jurado y los arbitradores en el juicio de arbitramento”.

Ahora bien, el hecho de explicar razonadamente el iter del pensamiento del juez en la tarea de tomar una decisión, no la hace a esta mensurable. Para que quede claro: la adopción de la sana crítica o apreciación razonada como sistema de convicción, no hace mensurable a la convicción, sino simplemente revisable. En efecto, la sana crítica exige que el juzgador describa su razonamiento de modo tal que permita al perdedor comprender las razones que influyeron en su ánimo al tomar la decisión que le es adversa y, además, posibilitar al superior igual conocimiento para que pueda saber lo mismo y, eventualmente, atender los agravios del impugnante. Pero atención, lo revisable es la decisión en general, no la cuantificación en términos porcentuales en si misma. Otra vez recurriendo a la terminología del estándar de prueba, lo revisable sería la superación del umbral mínimo de convicción exigido (50%) pero en modo alguno el porcentual específico hipotéticamente asignado al caso concreto. Ello por cuanto lo subjetivo es interpretable, no cuantificable.

Es que la convicción dependerá siempre de una valoración subjetiva, particular y contingente de cada Juzgador. Y en consecuencia, falta en la convicción un criterio previsible, objetivo y revisable, lo que hace que en la práctica su aplicación sea solo teórica.

Es que en esencia, la convicción es subjetiva (ocurre en la psiquis del Juez). Y lo subjetivo no es mensurable. Es decir, es lógica y ontológicamente inconmensurable, al menos no cuantificable con parámetros objetivos, ello por cuanto solo lo objetivo se puede cuantificar. Y por el contrario, lo subjetivo es solo interpretable, y por tanto no cuantificable. Permítaseme recurrir al ejemplo de la Psicología, que es una ciencia que interpreta síntomas que por ser subjetivos no son cuantificables, esto es, no tienen un número. El psicólogo interpreta los síntomas y da un diagnóstico. Esa interpretación no es totalmente subjetiva, porque está limitada por la teoría y los métodos de la Psicología, pero no es totalmente objetiva y, por ende, no es cuantificable. Algo parecido pasa en un proceso judicial, en el que el Juez valora la prueba (interpreta los síntomas) y dicta la sentencia de fondo (diagnóstico). Su tarea en un sistema de convicción dominado por la sana crítica o apreciación razonada, no es totalmente subjetiva, porque está limitada por las máximas generales de la experiencia y por el ordenamiento jurídico, pero tampoco es totalmente objetiva, por cuanto hay un núcleo subjetivo que precisamente está dado porque todo ello ocurre en el fuero interior o psiquis del Juzgador.

Es que inclusive los valores de Verdad y Justicia no son absolutos, y no valen por sí mismos, sino que valen porque alguien los valora. Y esa valoración puede variar de un sujeto a otro (dependiendo del peso relativo que cada juez le da a las pruebas). Hay tantas posibles soluciones distintas como personas distintas pretendan juzgar el mismo material fáctico y jurídico que encierra el proceso, lo que no sucede con lo objetivo y conmensurable. En efecto lo mensurable tiene que ser universal, idéntico para todos. Como una medida de temperatura, de peso, de altura, de presión arterial etc., todas las cuales tienen como denominador común la característica de ser medidas universales, esto es, una e idéntica en todo tiempo y lugar y para todas las personas por igual.

Entonces, si el grado de convicción del juez fuera objetivo por ende universal y mensurable, existiría una escala numérica común para medirla, universalmente aceptada, estandarizada, como la medida de temperatura, de peso, de altura, etc., y es obvio que ni existe ni existirá. No hay una balanza o un patrón universal para medir el grado de convicción, que es interior y por tanto subjetivo. De allí, que sea imposible cuantificarlo en términos porcentuales, tal como lo proponen los seguidores del estándar de prueba.

7. A modo de colofón: postura de máxima en lo teórico y de mínima en la práctica [\[arriba\]](#)

Como puede apreciarse, admitir una graduación porcentual en el convencimiento es una postura de máxima en lo teórico, y de mínima en la práctica. Digo esto, porque es fácil defender un sistema teórico que luego en la práctica es imposible distinguirlo en un caso concreto.

Conforme lo explicado supra, la inteligible graduación en la convicción del estándar de prueba está conformada por criterios de pura subjetividad y, por ende, de total relatividad.

Y si en los casos concretos queda librado a criterios subjetivos, por ende, sería también imposible de controlar, lo que trasunta que, en definitiva, el sistema de graduación de la convicción termine descansando en el arbitrio subjetivo de cada juez. Dependerá siempre del criterio subjetivo, particular y contingente de cada juzgador. Y así un Juez podrá decir que está convencido en un 51%, o en un 53%, o en un 55%, o en un 62% o en un 73%, en un 81%, o el porcentaje superior al 50% que guste el lector imaginar, lo mismo da. Y así, lejos de tener un parámetro unívoco y objetivo, tendríamos tantas soluciones disímiles como jueces existieran.

Insisto en ello, se puede ensayar una explicación teórica en un pizarrón, diciendo que en la psiquis del Juez y sobre la base de un cartabón porcentual total de 100% de convicción, la existencia del hecho quede más acreditada que su inexistencia, superando el grado de probabilidad inferior al mínimo necesario del 50%. Sería muy seductor dibujarlo en gráficos, y así trazar los dos extremos del 0% y del 100%, el punto equidistante ubicado a mitad de camino entre ambos (50%, presentado como el umbral mínimo necesario), para luego concluir en un porcentaje concreto situado entre el 50% y el 100%. Y ello puede sonar grandilocuente y persuasivo para un auditorio desprevenido que olvide lo esencial: que en la práctica, en la cabeza del Juzgador, tal distinción es puramente imaginaria, figurada, en definitiva, meramente conjetural. Ningún Juez está reflexionando en términos porcentuales al momento de resolver. Se convence o no se convence, y cuando logra convencerse, no se pone a calcular ningún número que indique el porcentual de convencimiento. Ni siquiera hay números en la cabeza del Juzgador. Y a su vez, por el carácter subjetivo explicado supra, el porcentual específico hipotéticamente asignado al caso concreto (supuestamente situado entre el 50 y el 100%) en modo alguno puede ser cuantificable y por tanto revisable.

Es, salvando la distancia, lo que sucede cuando desde un terreno conjetural se distingue a mitad de camino, situado entre verosimilitud del derecho y certeza, la probabilidad cierta del derecho o fuerte probabilidad de existencia del derecho, para poder discernir y diferenciar la medida cautelar de la medida innovativa cuando erróneamente se la cataloga como cautelar. También, aquí se observa este particular fenómeno caracterizado por ser una postura de máxima en lo teórico y de mínima en la práctica, que termina descansando en el arbitrio subjetivo del juez.

Y así en efecto, en el plano teórico, es posible decir que al inicio del proceso las partes alegan la existencia del derecho y en la sentencia de mérito es donde se declara la existencia o inexistencia de ese derecho. Que a mitad de camino se encuentra la verosimilitud y a su vez, entre la verosimilitud y la existencia del derecho, se situaría todas las clasificaciones dadas por la doctrina para justificar las medidas innovativas, anticipatorias, etc. Y así se podrá decir que en la certeza suficiente sobre la probabilidad o fuerte probabilidad del derecho (para designar tal fenómeno los autores defensores que tal distingo suelen abundar en adjetivos) el grado requerido supera la verosimilitud, pero no alcanza grado de certeza definitiva. Se puede esquematizar ello en una pizarra y se puede verbalizar de mil maneras: se dirá que el grado de convicción debe ser mayor que la verosimilitud del derecho, que roce con la certeza de la sentencia de mérito etc. Pero en realidad, la verosimilitud en el derecho es justamente la probabilidad cierta de ese derecho. Desde siempre, se entendió que verosímil es lo que parece cierto. Significa concretamente, parecer cierto. Por ende, no hay probabilidad cierta, es lo mismo, solo se está cambiando las palabras para posibilitar una distinción teórica. ¿Cuándo es más o menos verosímil el derecho? Cuando el juez en definitiva lo decida, él es

quien tendrá en definitiva el criterio de medición en su psiquis, al que jocosamente suele designarse como versimilitudómetro.

Con la graduación de la convicción que propone el sistema de probabilidad prevalente pasa lo mismo: si bien a nivel conjetural es posible diferenciarla y graficarla, a nivel práctico, o en el plano de la psiquis del Juez, es inconmensurable con parámetros objetivos, o dicho en otros términos, no es posible establecer una objetiva graduación. Con lo cual, y por todo lo dicho en esta ponencia, gran parte de toda la teoría de los estándares de prueba pierde su sentido.

Bibliografía [\[arriba\]](#)

- Alvarado Velloso, Adolfo: Sistema procesal: Garantía de la libertad, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, T. II.

- Fernández López, Mercedes: La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/29073/valoracion_pruebas_personales.pdf, 26 de enero de 2017.

- Laudan, Larry: “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 28, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2005, Raúl Calvo Soler (trad.).

- Muñoz Sabate, Luis: Técnica Probatoria, Barcelona, Ed. Praxis S.A, 1983.

- Palacio, Lino Enrique: Tratado de Derecho Procesal Civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, T. IV.

- Taruffo, Michele: La prueba, Artículos y Conferencias, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2009.

- Viale De Gil, Paula A.: ¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/4/la-prueba-es-suficiente-cuando-es-suficiente.pdf>, 26 de enero de 2017.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Taruffo, Michele: La prueba, Artículos y Conferencias, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2009, págs. 112-113.

[2] Viale De Gil, Paula A.: ¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/4/la-prueba-es-suficiente-cuando-es-suficiente.pdf>, 26 de enero de 2017.

[3] Laudan, Larry: “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un

- estándar”, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 28, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2005, Raúl Calvo Soler (trad.), págs. 96-97.
- [4] *Ibidem*, págs. 112-113.
- [5] Taruffo, Michele: La prueba, Artículos y Conferencias, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2009, pág. 110.
- [6] *Ibidem*, págs. 103-107.
- [7] *Ibidem*, pág. 108.
- [8] Alvarado Velloso, Adolfo: Sistema procesal: Garantía de la libertad, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, T. II, pág. 45.
- [9] *Ibidem*, págs. 45-47.
- [10] *Ibidem*, págs. 47-49.
- [11] *Ibidem*, págs. 49-51.
- [12] *Ibidem*, págs. 51-52.
- [13] *Ibidem*, págs. 52-53.
- [14] *Ibidem*, págs. 55-56.
- [15] *Ibidem*, pág. 53.
- [16] *Ibidem*, pág. 47.
- [17] Palacio, Lino Enrique: Tratado de Derecho Procesal Civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, T. IV, págs. 411-412.
- [18] Alvarado Velloso, Adolfo: Sistema procesal: Garantía de la libertad, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, T. II, pág. 117.
- [19] Fernández López, Mercedes: La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/2907/3/valoracion_pruebas_personales.pdf, 26 de enero de 2017.
- [20] Viale De Gil, Paula A.: ¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/penar-en-derecho/revistas/4/la-prueba-es-suficiente-cuando-es-suficiente.pdf>, 26 de enero de 2017.
- [21] Muñoz Sabate, Luis: Técnica Probatoria, Barcelona, Ed. Praxis S.A, 1983, pág. 90.
- [22] Alvarado Velloso, Adolfo: Sistema procesal: Garantía de la libertad, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, T. II, págs. 120-121.