

SUFICIENCIA, CONCLUSIONES SOBRE LOS HECHOS Y ESTÁNDAR DE PRUEBA

Marcela Paz Araya Novoa*

I. Introducción

Las decisiones que deben adoptar los jueces en materia de hechos se despliegan ineludiblemente en contextos de incertidumbre fáctica.¹ En torno a esto se ha señalado que, el proceso judicial solo puede ofrecer sustento a verdades aproximativas, pues la información disponible en el mismo respecto de los hechos a probar es deficiente, tanto por su falibilidad relativa, como por su carácter necesariamente incompleto.² “En cualquiera de nuestros procesos judiciales se busca información sobre los hechos, pero ninguno de ellos consigue recopilar todos los datos”.³

De la caracterización anterior deviene que frente a una decisión judicial subsistirán dudas por parte del adjudicador, respecto de la corrección de su decisión, en otros términos, en la actividad probatoria

* Abogada, Doctora en Derecho por la Universidad de Girona. Juez de Garantía de Puerto Montt.

Quiero agradecer los muy útiles comentarios y sugerencias de Rodrigo Cerda San Martín, Patricio Rondini Fernández Dávila y Jaime Rojas Mundaca. La persistencia en los desaciertos son de mi exclusiva responsabilidad.

¹ “El proceso judicial es, en algún sentido, un rito contra la incertidumbre”, VALENZUELA, J. *Hechos, Pena y Proceso*, Ed. Rubicón, Santiago, 2017, p. 17.

² FERRER, J. *Motivación y racionalidad de la prueba*, Ed. Grijley, Lima, 2016, pp. 75 y 76.

³ LARROUCAU, J. “Hacia un estándar de prueba civil”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 3, p. 784.

en general –y en la judicial, por cierto– siempre existirá margen para la adopción de decisiones equivocadas.

Las ideas que se pretenden plasmar en este trabajo no tienen pretensión de exhaustividad, son apenas un esbozo que me ha permitido ordenar un conjunto de instituciones que tienen cabida en la actividad probatoria judicial en el sistema racional de valoración y, especialmente, las que dicen relación con el estándar de prueba y el rol que este juega en dicha actividad.

Asentado que sea, que suscribo fielmente el compromiso epistemológico del proceso, esto es, que la finalidad de la prueba y del proceso es la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido,⁴ es posible afirmar que las particularidades en que se desarrolla la institución probatoria en el proceso judicial, conspiran contra la posibilidad de acercarnos a la verdad de los enunciados fácticos, o dicho en términos más modestos, como afirma Accatino,⁵ de minimizar los errores. Así el diseño institucional de los procesos, a la par de la existencia de otros valores que al derecho le interesa igualmente proteger, tales como la paz social, el interés en la celeridad en la toma de decisiones, la seguridad jurídica, la protección de derechos individuales, etc., operan como límites a la búsqueda de la verdad, configurando un proceso eventualmente incompleto y fraccionado.

Entonces, la información que es posible obtener de la práctica de la prueba judicial –caracterizada de la manera anotada– jamás podrá proporcionarnos certezas absolutas sobre los hechos acaecidos, si no únicamente aproximativas. Lo anterior no quiere decir “...que no pueda atribuirse valor de verdad a las proposiciones que se declaran probadas en un proceso; quiero señalar, más bien, que el conjunto de

⁴ Hay tesis que postulan que el objetivo del proceso es la solución del conflicto.

⁵ ACCATINO, D. “El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios y su control a través del recurso de nulidad”, en La Misma (ed.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Legal Publishing, 2010, p. 120.

pruebas de que se disponga en el mismo permiten únicamente atribuir un determinado grado de confirmación o de probabilidad de que esa proposición sea verdadera”.⁶

II. Nociones en torno al estándar de prueba

En razón de lo dicho y del objetivo perseguido en este trabajo es, a mi juicio, prioritario clarificar la noción de estándar de prueba, pues ella es de consagración relativamente reciente en Chile, así como en otros países en que se ha transitado de un sistema de prueba legal o tasada (en el que se hace superfluo recurrir a un estándar de prueba⁷), a un sistema de prueba libre, esto es, no sujeto a ninguna norma jurídica, en el cual los criterios de racionalidad epistémicos no pueden definir por sí solos, si el apoyo inductivo que las pruebas disponibles aportan a una hipótesis, es suficiente para tenerla por probada.

En el marco de un sistema probatorio en que la certeza no puede ser un ideal alcanzable bajo ningún respecto, es ineludible medir la suficiencia de las pruebas sobre la hipótesis *h* que se dará por probada y, precisamente, servir de baremo para confrontar el nivel de suficiencia adecuado es el rol que cumple el estándar de prueba en un sistema de libertad probatoria. Decidir respecto de aquel nivel de suficiencia, por cierto, no está ajeno a la posibilidad de errores epistémicos, como se ha señalado.

⁶ FERRER, J. *Motivación y racionalidad...*, *op. cit.*, p. 79.

⁷ Afirmación que debe necesariamente ser matizada, pues como lúcidamente lo devela Claudio Fuentes: “[la prueba legal] se trata de un sistema probatorio fuertemente dirigido, pero que igualmente en determinadas hipótesis da libertad para el ejercicio del criterio y juicio del juez, como en el caso de la apreciación de la prueba pericial, la apreciación del valor probatorio de un testigo, la posibilidad de otorgar el valor de *plena prueba* a la ocurrencia de un hecho en base a una presunción grave y, gracias al artículo 428 del CPC, el juez puede determinar la ocurrencia de los hechos en base a su criterio y juicio, cuando los medios de prueba presentan resultados contradictorios”. FUENTES, C. “Consideraciones en torno a la idea de estándar de convicción en el proceso civil”, *Rev. Universidad Diego Portales*, mayo, 2011, pp. 183 y 184.

La doctrina realiza una conceptualización de la institución que examinamos indicando que “el estándar de prueba no es más que una regla de decisión que indica el nivel mínimo de corroboración de una hipótesis para que ésta pueda considerarse probada”;⁸ que “el estándar no solo es el instrumento que autoriza al juez para dar por probado un hecho, sino que le indica cuánto margen de error tiene, cuál es el mínimo de calidad de evidencia que está legitimado a aceptar para establecer hechos a partir de esta”⁹ o que “Los estándares de prueba especifican el grado o el nivel de prueba que debe satisfacerse en los diversos tipos de procesos”.¹⁰

Habiendo caracterizado el conocimiento que es posible alcanzar en el proceso judicial como probable, el sistema de libre valoración de la prueba quedaría trunco si no se concibe un momento en que el adjudicador deba confrontar la justificación de las conclusiones probatorias que estima concurrentes. El parámetro con que debe realizar esa contrastación es el estándar de prueba, que le dice –en el caso de haberlo satisfecho– que el sistema político lo autoriza para tener por acreditada una cierta conclusión probatoria.

La decisión sobre el nivel de suficiencia adecuado para una determinada clase de proceso es una decisión *jurídica-política-ética*, que supone pronunciarse sobre si determinado tipo de errores resultan más tolerables que otros, o por el contrario deberían ser soportados igualitariamente por las partes del proceso.

Es decir, el papel que le cabe al estándar de prueba es decidir la *ratio* de errores que cada parte debe soportar en cada tipo de proceso, de modo tal que el nivel de satisfacción del estándar surja democráticamente como acuerdo político, lo que debe ser adoptado por la

⁸ FERRER, J. *La valoración racional de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 139.

⁹ FUENTES, C., *op. cit.*, p. 177.

¹⁰ HAACK, S. “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica” en Carmen Vázquez (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 69.

sociedad en su conjunto, sopesando o calibrando qué es más tolerable por el sistema, la preferencia hacia los falsos negativos (absoluciones erróneas o desestimación de una demanda en circunstancias que debió ser acogida) en desmedro de los falsos positivos (condenas erróneas o acoger la acción cuando debió haber sido desechada) y la medida de aquella preferencia. Esta decisión política que se traduce en “fijar la altura” del estándar de convicción, está íntimamente imbricada con los valores o bienes en juego.¹¹

Es entonces imprescindible contar en todo tipo de proceso con un estándar de prueba, que puede perfectamente variar de un proceso a otro o variar dentro de un mismo proceso dependiendo de la trascendencia y relevancia de la decisión a la cual sirva.

III. Sistema persuasivista vs. sistema racional de valoración

Antes de referirme al sistema racional de valoración probatoria es ineludible hacer el gran distingo entre sistemas que contemplan la prueba legal¹² y los sistemas que acogen el principio de libre valoración de la prueba, con el fin de poner en evidencia que en el primero, es el legislador y no el juez, quien atribuye un resultado probatorio a los distintos medios de prueba, lo que implica –a nivel de estructura del razonamiento– que el legislador no puede de ninguna forma decidir sobre el caso individual, por lo que las reglas dictadas serán siempre referidas –en abstracto– a tipos de casos. Así la decisión tomada bajo este modelo, en consecuencia, es simplemente producto del cumplimiento de la prescripción legal.¹³

¹¹ Larroucau proporciona un par de ejemplos que grafican claramente la necesidad de fijar estándares de prueba diferenciados en razón de los bienes involucrados en la decisión. LARROUCAU, J., *op. cit.*, p. 785.

¹² Como ocurre aun en materia civil en Chile, con las salvedades que fueron indicadas en la nota 7 precedente.

¹³ FERRER, J. *La valoración...*, *op. cit.*, pp. 61 y 62. Ferrer señala que este modelo podría verse como de desconfianza del legislador, por oposición al de prueba libre, que podría señalarse supone la confianza del legislador hacia el juez.

En el modelo de libertad probatoria –de apreciación en conciencia o de íntima convicción– en cambio, es el juez de los hechos quien decide sobre la *quaestio facti*, a la luz de los elementos de juicio que las partes incorporen en el proceso y sin indicaciones legales que predeterminen un resultado probatorio. Este segundo sistema permite entender la expresión “el juez es libre” de una manera más o menos amplia: que incluye la arbitrariedad o la irracionalidad, hasta la libertad limitada a la razón, al buen juicio o a un procedimiento racional de investigación sobre los hechos.¹⁴

Es igualmente necesario precisar que el sistema de libertad de prueba es solo un principio que implica la *no sujeción* a las reglas de prueba determinadas en abstracto *apriorísticamente* por el legislador, pero que nada más señala en cuanto a cómo debe ser valorada la prueba. Es, en consecuencia, solo un principio negativo, que excluye la prueba legal, pudiendo ser interpretado, como se indicó, de formas en extremo distantes.

Una manera de concebir la libre valoración la constituye el *modelo intimista o subjetivista de valoración*, que podría configurarse como aquel que entiende la valoración libre, sin sujeción a reglas de ningún tipo. Se indica que el juez llega a la libre convicción de los hechos a través de un sistema intelectualivo tan particular y subjetivo como el de cada persona, o sea, se interpreta la libre convicción como convicción íntima, por tanto, intransferible e incommunicable, sobre los hechos que se enjuician¹⁵ y por tanto imposible de controlar a través de los recursos procesales contemplados al efecto. Este modelo puede encuadrarse en los que, de forma más amplia, se denominan *sistemas persuasivos*.

¹⁴ Vid. GONZÁLEZ LAGIER, D. *Questio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Ed. Temis, Bogotá, 2005, p. 77.

¹⁵ GASCÓN, M. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 159.

Como el principio de libre valoración nada señala en cuanto a cómo debe ser valorada la prueba, existe otra interpretación de este sistema, que predica que esto debe ser buscado fuera del ámbito del derecho, ya que los ordenamientos jurídicos silencian este aspecto. Por lo anterior los autores que suscriben esta tesis, afirman que para ello debe recurrirse a los cánones de la epistemología general.¹⁶

En el contexto de este modelo que se ha denominado *cognoscitivista o racional* de valoración, que asume el carácter de meramente probabilístico de las conclusiones alcanzadas, la libre valoración no puede interpretarse más que en su sentido primigenio, como un principio metodológico negativo¹⁷ y solo eso, más nunca un principio positivo de valoración. Es decir, no puede ser interpretado como un criterio positivo, que sea el alternativo a la prueba legal o tasada, con prescindencia de los cánones de racionalidad (máximas de experiencia, conocimientos científicos y reglas de la lógica) o con prescindencia incluso de la prueba.¹⁸

Cada uno de estos sistemas posee notas características, que se interrelacionan y poseen perfecta coherencia interna entre ellas,¹⁹ no obstante, en el primer caso (modelo persuasivo) son carentes de racionalidad.

Así, las notas características del modelo subjetivista o íntimo son: 1) La apelación a la íntima convicción del juez como único criterio de decisión. Se indicó que en este modelo se recurre a la convicción subjetiva e inflexible del adjudicador, como método de valoración probatoria. Basta que el juez se convenza de la ocurrencia de un he-

¹⁶ Por todos TARUFFO, M. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (traducción de Daniela Accatino), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 185.

¹⁷ GASCÓN, M., *op. cit.*, p. 159.

¹⁸ Como señalaba Couture, en este sistema –el de íntima convicción– el convencimiento del juez sobre los hechos, se forma por la “convicción adquirida por la prueba de autos, sin la prueba de autos o aun contra la prueba de autos”, COUTURE, E. *Estudios de derecho procesal civil*, Tomo II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 221.

¹⁹ En este punto seguiré a FERRER, J. *La valoración racional...*, *op. cit.*, pp. 62 y ss.

cho, con presidencia de la aplicación de criterios epistemológicos o cognoscitivos de valoración; 2) La defensa de una versión muy fuerte del principio de inmediación, de modo que esta se entiende como aquella que provoca en el juez de los hechos un conocimiento místico e instantáneo que se adquiere del contacto con los medios de prueba, especialmente los de carácter personal; 3) Exigencias de motivación muy débiles, por cuanto si se estima probado un hecho cuando el juez adquiere la convicción íntima de que ha sucedido, no tendrá mucho que justificar, más que señalar que ha adquirido el convencimiento personal y subjetivo de la ocurrencia del hecho, y 4) Un sistema de recursos que dificulta extraordinariamente el control del juicio sobre los hechos, pues si no hay mayor motivación, el convencimiento estará blindado a toda posibilidad de censura por un tribunal distinto del que pronunció la decisión.

En tanto el sistema racional de valoración, en el cual la decisión sobre la prueba no se basa en pareceres ni en creencias de sujeto alguno, si no que exige corroboración suficiente a la hipótesis de los hechos que se estima concurrente, sus notas características están constituidas por: 1) El recurso al método de la inferencia inductiva o de corroboración y refutación de hipótesis, que basa la justificación de la ocurrencia de un hecho, no en corazonadas ni intuiciones subjetivas, sino que en la existencia de elementos de corroboración suficientes que permitan afirmar que ese hecho ha ocurrido; 2) La defensa de una versión débil de la inmediación, que solo la concibe como una técnica de formación de la prueba, en cuanto concreta el principio epistemológico de que a menor cantidad de intermediarios, mayor es la calidad de la información, pero que obliga al juez que presencia la rendición de los medios de prueba, a explicitar y justificar todas las conclusiones que surjan de ella; 3) Fuertes exigencias de motivación o fundamentación que impone al adjudicador el justificar su decisión sobre los hechos, esto es, se le obliga a dar razones, que deben ser buenas razones para concluir que procede acoger la demanda o la acusación, y 4) La defensa de un sistema de recursos que ofrezca un campo amplio para el control de

la decisión y su revisión en instancias superiores, toda vez que el establecimiento de los hechos se ha efectuado racionalmente recurriendo a los criterios generales de racionalidad (la triada constituida por las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos), y se ha utilizado correctamente la intermediación, sin que lo que aprecie el juez de los hechos pueda quedar exento de revisión, debiendo ser explicitado con detalle en la motivación, con el fin de posibilitar la censura por un tribunal distinto e incluso por uno que no ha presenciado la prueba.

IV. Conocimiento probabilístico

Es fundamental para la comprensión de la materia en análisis, consignar que “si valorar es evaluar la aceptabilidad de los resultados probatorios, y teniendo en cuenta que estos se considerarán aceptables cuando su grado de probabilidad sea suficiente, los criterios (positivos) de valoración indican cuándo una hipótesis ha alcanzado un grado de probabilidad suficiente y mayor que cualquier otra hipótesis alternativa sobre los mismos hechos”,²⁰ la finalidad entonces de los sistemas de valoración será proveer esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de una hipótesis.

De lo anterior fluye que en el ámbito del conocimiento empírico –como ocurre en el proceso judicial, el que además presenta las particularidades ya anotadas– cuando se trata de hechos que no son susceptibles de observación directa, solo caben modelos de justificación probabilística, que no pueden atribuir a sus conclusiones la calidad de certezas demostrativas, pues no se pueden reconstruir los hechos del pasado y nunca se tendrá la certeza absoluta, por ejemplo, de que el acusado dio muerte a la víctima o que el demandado incurrió en la causal de divorcio culposo que se demanda.²¹

²⁰ GASCÓN, M., *op. cit.*, p. 161.

²¹ “Nuestra conclusión ha sido que, superado el escepticismo inevitable cuando se asumen tesis radicales del pospositivismo y/o cuando se hace del método deductivo el único paradigma de

No obstante, lo afirmado, una cosa es que no pueda predicarse la certeza de ninguna hipótesis y otra que no se pueda tener buenas razones para *preferir* una hipótesis explicativa respecto de otra, por cuanto un enunciado de contenido fáctico puede eventualmente resultar sólidamente confirmado en desmedro de otro enunciado que no resulte justificado o cuya justificación sea más bien débil.

Dentro de los métodos concebidos para medir la probabilidad de una hipótesis, se descartan los métodos estadísticos y matemáticos, por cuanto ellos no se avienen con el razonamiento de los jueces; producen resultados contraintuitivos; no se concilian con ciertas instituciones jurídicas como la presunción de inocencia y porque, en general, nada dicen sobre los hechos individuales.²²

Descartados los métodos matemáticos, la mayoría de los autores que se dedican al estudio del tema²³ se decantan por el método de corroboración de hipótesis o probabilidad inductiva, que se predica de proposiciones y no de sucesos y se corresponde con el uso común de expresiones como probablemente, posiblemente o presumiblemente algo es verdad y permite graduar y comparar el nivel de soporte in-

certeza y de verdad, el conocimiento empírico puede hoy recabar su racionalidad a partir del concepto de probabilidad. Una conclusión que no deja de ser relevante en la esfera jurídica, pues permite concebir la fijación judicial de los hechos precisamente como una actividad racional, pero al mismo tiempo como fuente de un conocimiento probable. Este será ahora nuestro punto de partida: nos movemos en un territorio que no está dominado por la mera emotividad, por la intuición o por la fuerza, sino donde es posible desarrollar (y desde una perspectiva garantista, también exigir) una actividad racional: aunque se trate de una racionalidad incapaz de ofrecer certezas matemáticas". GASCÓN, M. *op. cit.*, p. 49.

²² "El cálculo matemático de probabilidades está perfectamente bien *en su lugar*; pero ese lugar tiene límites. En particular, dicho cálculo matemático no puede ser la columna vertebral de una teoría epistemológica seria, dado que no arroja luz sobre el concepto crucial que Russell llama 'credibilidad racional' y yo 'aval' (en inglés *'warrant'*). Una de las consecuencias de esto (...), es que para entender los grados de prueba y los estándares probatorios en el derecho no debemos acudir a la teoría de la probabilidad, sino, en su lugar, a una rama de investigación más antigua y menos formal: la epistemología". HAACK, S., *op. cit.*, pp. 65-66.

²³ GONZÁLEZ LAGIER, D., *op. cit.*, pp. 53 y ss.; IGARTUA, J. *La motivación de las sentencias. Imperativo constitucional*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 143-144; IBÁÑEZ, P. Andrés, *Los 'hechos' en la sentencia en materia Penal*, Ed. Fontamara, México D.F. 2007, pp. 167 y ss., entre otros.

ductivo con que cuenta cada hipótesis, lo que realizan intuitivamente y en forma cotidiana los jueces.

En este modelo, que no pretende calcular ni cuantificar de manera numérica la probabilidad, la justificación de una proposición fáctica que describe un evento que no es directamente observable, se basa en la constatación, a través de la observación directa, de hechos que, dados nuestros conocimientos previos acerca del mundo, tendrán que haberse producido si esa proposición fuere verdadera, por ejemplo, si existen huellas digitales de Pedro al interior de un domicilio, es posible afirmar que Pedro ha ingresado a la casa o si la prueba de ADN que se realiza al demandado, arroja que este es, en una probabilidad de un 99,9999998%, el padre del menor con quien se coteja las muestras, puede concluirse que es muy probablemente su progenitor o si un testigo presencial (dato conocido) declara haber visto al acusado disparar contra la víctima (hipótesis que se plantea por la acusación o dato desconocido), descartados los errores de percepción, problemas a la vista y ánimo abyecto en el declarante, ello puede permitir concluir que el acusado disparó contra la víctima (conclusión probatoria).

Este método de la inferencia inductiva o de contrastación o corroboración de hipótesis, es lo que se denomina –en algunos cuerpos legales²⁴ que contemplan la sana crítica– *reglas o principios de la lógica*.

En la inferencia inductiva las *máximas de experiencia* (cada vez que un testigo declara sobre un hecho que ha estado en condiciones de apreciar; lo que declara se corresponde con lo sucedido) y los *conocimientos científicos* (prueba de ADN o dactilares) operan como *generalizaciones empíricas*, que permiten pasar de un dato conocido a uno desconocido, es decir, permiten obtener una determinada conclusión sobre un enunciado de contenido empírico. Las máximas de la experiencia, entonces, corresponden a generalizaciones sobre la

²⁴ Por vía ejemplar, artículos 456 del Código del Trabajo y 297 del Código Procesal Penal en Chile.

forma como entendemos el mundo y el rol que juegan en el razonamiento probatorio es haciéndolo posible, pues la confirmación de una hipótesis es el resultado de la conexión entre un elemento de juicio y la hipótesis a confirmar, a través de una regla que las vincula (regla de conexión o generalización empírica).²⁵ Se debe volver a precisar, por cierto, que no es posible mediante la aplicación de la máxima de experiencia obtener un resultado cierto, si no a lo más probable, y por ello no es posible afirmar que la hipótesis resulta confirmada sino, en rigor, a lo más corroborada.²⁶

En el sistema de sana crítica racional, las máximas de la experiencia constituyen su corazón, sin ellas no es concebible, permitiendo “saltar del dato expresado en un enunciado probatorio concreto, que se conoce y del que se parte, a otro u otros datos cuyo acaecimiento en la realidad se trataría de acreditar, es la mediación de un universal”.²⁷

Así las cosas, es imprescindible a los efectos de este trabajo delimitar las máximas de la experiencia de los conocimientos científicos,²⁸

²⁵ Lo que Haack denomina “aval” o “warrant”, *op. cit.*, p. 66.

²⁶ *Vid.* IBÁÑEZ, P. Andrés, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Rev. Doxa*, N° 12, 1992, pp. 287-288. Este autor la integra al razonamiento probatorio indicando que la elaboración doctrinal de las máximas de la experiencia consiste en “traducir en reglas lógicamente determinadas el criterio del *id quod plerumque accidit*” y que por esa vía una vez traducidos a reglas generales los criterios extraídos de la experiencia, el juicio de hecho recibía cierta normativa y el tratamiento lógico de una inferencia deductiva, de la que la máxima de experiencia venía a constituir la premisa mayor. No puede pasar tampoco desapercibido, agrega, que la misma, además de la función reconocida de propiciar el control lógico del juicio, tiene una clara dimensión ideológica: atribuir al conocimiento judicial del dato empírico una calidad de certeza (deductiva) que no tiene en absoluto. Y no la tiene porque la *ley* en que se traduce la máxima de experiencia no es una ley “de forma universal”, sino el fruto de la constatación de cierta regularidad en la forma de producirse determinados fenómenos o comportamientos.

²⁷ IBÁÑEZ, P. Andrés, “Sentencia penal: Formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción”, *Rev. del Poder Judicial*, N° 57, Primer trimestre de 2000, p. 12.

²⁸ Resulta profusa en la doctrina la alusión a los conocimientos científicos como uno de los cánones de racionalidad que constituyen uno de los cimientos de la libre valoración de la prueba, pudiendo concordarse, además, con Michele Taruffo en orden a que hoy en día la ciencia ha alcanzado estratos altísimos de sofisticación y que ha ampliado su campo de investigación a niveles más nuevos y vastos. TARUFFO, M. *Simplemente la verdad...*, *op. cit.*, p. 240. *Vid.* GASCÓN, M. y LUCENA, J. “Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma”, *Rev. Jueces para la democracia*, 2010,

señalando Igartua “[s]i ya en el continente de las máximas de la experiencia, deseamos desgajar las reglas *científicas* de las generalizaciones que alumbró la *experiencia común*, precisamente de algún otro rasgo distintivo que podría ser este: mientras que las reglas científicas aspiran a la *universalidad*, las máximas de la experiencia común se conforman más modestamente con la *habitualidad* (palabra más neutra que ‘normalidad’). Lo cual se traduce en que: mientras las reglas científicas no admiten excepciones (ante una excepción, la regla científica se abandona o se modifica), las máximas de experiencia común han de convivir con ellas”.²⁹

Entonces, es posible predicar que el rol de las máximas de experiencia en el razonamiento probatorio es similar al que cumplen los conocimientos científicos, solo que aquellas pueden identificarse con lo que, conforme a las vivencias del juez de los hechos o de quien invoca su aplicación, corresponde a lo que normalmente ocurre en el mundo, en cambio, los conocimientos científicos tienen pretensión de universalidad, de modo tal que si pierden esa característica, pueden transformarse en máximas de experiencia, perder el carácter de conocimiento científico o mutar a otra teoría.

El método de corroboración de hipótesis contempla un *primer paso* que está constituido por la confirmación, es decir, las hipótesis en liza deben estar confirmadas por una pluralidad de pruebas o datos probatorios, un *segundo paso* que implica la refutación o garantía del contradictorio, es decir, la posibilidad de refutar la demanda, denuncia o acusación, mediante las contrapruebas y un *tercer paso* que conlleva que la hipótesis, además de confirmada no haya sido refutada, que haya

Nº 69, pp. 95-106, DUCE, M. *La prueba pericial*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2013. Sobre el particular un muy acabado estudio: VÁZQUEZ, C. *De la prueba científica a la prueba pericial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 25-70 y 277 y ss.

²⁹ IGARTUA, J. *El Comité de Derechos Humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 118. Vid. DE ASÍS, R. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 147.

logrado sobrevivir, lo que importa la elección imparcial que realiza el juez entre hipótesis explicativas en competencia.

V. Los tres momentos de la actividad probatoria

128

Es insoslayable reiterar que conforme la tradición racionalista de la prueba, el objetivo del proceso judicial es la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido, lo que deriva a su turno, de que la finalidad fundamental del derecho procesal es la de ser garantía de la correcta aplicación del derecho sustantivo. Esta finalidad se divide, a su vez, en la necesidad de una doble garantía: *que todos los infractores del derecho sean sancionados y que sólo ellos lo sean*.³⁰

Para la consecución de la finalidad anotada, es necesario que los hechos se establezcan correctamente, pues si ello no ocurre no habrá un real incentivo para que los destinatarios del derecho adecuen sus conductas a las prescripciones del derecho.³¹ Por ejemplo, si la norma dice no matar, y se producen condenas en circunstancias que los hechos en que se basan no han sido correctamente establecidos, es decir, los enunciados declarados probados no son verdaderos, ya no habrá incentivo para cumplir la norma que prescribe “no matar”, pues equivaldría a que las condenas se distribuirían aleatoriamente.

Asentado lo anterior y a fin de aportar claridad respecto de las exigencias epistemológicas que pueden hacer compatible el derecho probatorio con el objetivo de la búsqueda de la verdad, es conveniente

³⁰ FERRER, J. “La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana” en Daniela Accatino (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 3-4.

³¹ Para Bentham la mejor forma de lograr ese objetivo es mediante una metodología “natural” de conocimiento, propia de la epistemología general. Cfr. BENTHAM, J. *Tratado de las pruebas judiciales*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971 (traducción de Manuel Osorio), pp. 9 y 10.

distinguir, según desarrollo sucesivo, los tres momentos de la actividad probatoria en el proceso judicial³²:

I. LA CONFORMACIÓN DEL CONJUNTO DE ELEMENTOS DE JUICIO

El desarrollo del proceso judicial se produce con la proposición y práctica de las pruebas, lo que debe permitir conformar un conjunto de elementos de juicio. Para los efectos de la decisión que se deba adoptar, el conjunto de elementos de juicio deberá ser conformado únicamente por las pruebas aportadas y admitidas en el proceso.³³ Este momento es preminentemente jurídico, pues es el derecho el que determina el subconjunto de elementos de juicio resultante, mediante filtros que se establecen para la admisibilidad de las pruebas, por ejemplo, la exclusión de las pruebas ilícitas, de bajo valor epistemológico, las que resguardan las relaciones familiares, etc.³⁴

No obstante que esta etapa, como fuera dicho, es principalmente de carácter jurídico, operan filtros de naturaleza epistemológica, como la relevancia, que algunos estiman debería ser el único criterio de admisibilidad. Así una prueba es relevante si aporta apoyo o refutación a algunas de las hipótesis fácticas del caso a la luz de los principios

³² Sigo a FERRER, J. *La valoración racional...*, *op. cit.*, pp. 41 y ss. y 66 y ss.

³³ “En la admisión de la prueba encontramos una de las peculiaridades jurídicas más importantes de la institución probatoria, que se resume en la máxima *quid non est in actis non est in mundo*. (...), esto es, para la determinación de los hechos sólo se tomarán en cuenta el subconjunto de pruebas relevantes admitidas y practicadas en el juicio. Como es bien sabido, el criterio básico a considerar para que determinada información forme parte de los elementos de prueba que *pueden* probar una proposición fáctica es la relevancia”. VÁZQUEZ, C., *op. cit.*, pp. 27 y ss.

³⁴ Al derecho no solo le interesa la averiguación de la verdad, también le interesa preservar otros valores que Laudan denomina extraepistémicos y que dicen relación con consideraciones de oportunidad (como por ejemplo la duración de los procesos, plazos, etc.), los vinculados con el debido proceso y la preservación de garantías fundamentales; los que cautelan relaciones de familia (el derecho a no declarar contra parientes), entre otros. Laudan, L. “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”. *Rev. Doxa*, N° 28, año 2005, pp. 96 y 97.

Estos valores conspiran contra la averiguación de la verdad, por ello Marina Gascón los denomina contra-epistémicos. GASCÓN, M. *op. cit.*, pp. 126-127.

generales de la lógica y de la ciencia.³⁵ Lo anterior por cuanto, mientras más rico es el conjunto de elementos de juicio mayores probabilidades existe de aproximarnos a la verdad, operando como principio general el de inclusión.

El número y alcance de las reglas jurídicas que regulan la conformación del conjunto de elementos de juicio varía en función de los distintos ordenamientos jurídicos y, dentro de ellos, en función de los tipos de proceso y jurisdicción.³⁶

II. LA VALORACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE JUICIO

Este momento dice relación con la valoración de la prueba en sentido estricto y es el que mira al establecimiento de relaciones lógicas de corroboración correctamente establecidas en la fundamentación de la sentencia entre elementos de juicio aportados al proceso y los enunciados que se tienen por probados³⁷ y consiste precisamente en la aplicación del método de corroboración de hipótesis que ya he reseñado, momento que es de naturaleza eminentemente epistémica.

Tal como señalé, el derecho en este momento nada indica respecto de cómo colmar el principio de libre valoración y ello se resuelve, según una interpretación propuesta por una parte relevante y autorizada de la doctrina,³⁸ que igualmente suscribo, mediante recurso a los criterios de la epistemología general.

³⁵ FERRER, J. *La valoración racional...*, *op. cit.*, p. 42.

³⁶ FERRER, J. *La valoración racional...*, *op. cit.*, p. 44.

³⁷ ACCATINO, D. "Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del Recurso de nulidad penal", *Rev. de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXII, Semestre I, 2009, p. 351.

³⁸ GASCÓN, M., *op. cit.*, pp. 178 y ss. GONZÁLEZ LAGIER, D., *op. cit.*, pp. 55 y ss.; FERRER, J. *La valoración racional...*, *op. cit.*, pp. 91 y ss., entre otros.

Sin desmedro de lo dicho, no puedo dejar de reconocer, por cierto, que desde hace algunos años a la fecha³⁹ la corriente que más se advierte en la praxis judicial, es la que suele afirmar que las leyes de la lógica son leyes universales a las cuales se recurre para asegurar la corrección del razonamiento y que están constituidas por las leyes fundamentales de la derivación y de la coherencia. Esta última es entendida como la concordancia que ha de existir entre los elementos del pensamiento, de la que se deducen sus principios formales, esto es, el de identidad, el de no contradicción y el de tercero excluido; a su vez la ley de la derivación, es concebida como una regla que expresa que cada pensamiento debe provenir de otro con el cual está relacionado, de esta última se extrae el principio de razón suficiente.⁴⁰

El principio de identidad, a su turno, se enuncia como “todo objeto es idéntico a sí mismo” o “lo que es, es”, es decir una cosa solo puede ser igual a sí misma, lo que significa que, si se atribuye a un elemento un contenido determinado, debe mantenerse en todo el curso racional. El principio de no contradicción indica que, si dos juicios se contraponen, implica que ambos no pueden ser verdaderos, porque una misma cosa no puede ser dos cosas a la vez o algo que es no puede no ser. Finalmente, el de tercero excluido, dictamina que, si una cosa solo puede explicarse dentro de una de dos proposiciones

³⁹ Podría decirse que aproximadamente desde hace una década y progresivamente en los recursos de nulidad por defecto de fundamentación se comenzaron a invocar las cuatro leyes del pensamiento como base del razonamiento lógico, que se estima vulnerado. Hoy en día prácticamente la totalidad de los recursos aluden al quebrantamiento de estos principios, fundamentalmente los de no contradicción y de razón suficiente, para sustentar la revisión de las sentencias de los tribunales orales, por infracción a las reglas de la lógica. ARAYA, M. *Recurso de nulidad penal y control racional de la prueba. De la epistemología a la praxis*. Ed. Librotecnia, Santiago, 2018, pp. 73 y ss.

⁴⁰ Vid. COUTURE, E., *op. cit.*, pp. 191-192; ASTUDILLO, O. *El Recurso de Nulidad Laboral. Algunas consideraciones técnicas*, Ed. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Santiago, 2012, pp. 98 y ss.; MATURANA, J. *Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba*. Ed. Legal Publishing, Thomson Reuter, Santiago, 2014, pp. 240 y ss, y CERDA, R. *Valoración de la prueba. Sana crítica*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2008, pp. 42 y ss.

contrapuestas, una debe ser falsa y la otra verdadera, pero no puede haber una tercera posible.⁴¹

Existe un último principio que es enunciado de la siguiente forma “todo tiene su razón suficiente” o “las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia”,⁴² es decir, para ser verdadero todo juicio necesita una razón suficiente y en términos más comunes nada es “porque sí”, sino que debe estar suficientemente fundado.⁴³

No obstante lo anterior, defiendo que no es posible reducir la conceptualización de “los principios de la lógica”, únicamente a las cuatro leyes ya aludidas, pues la lógica –que constituye uno de los pilares de un sistema de sesgo epistemológico destinado a la valoración de la prueba, según las tesis a que adscribo–, es el método de corroboración de hipótesis o inferencia inductiva, siendo este, al parecer, el que mejor se adecua al razonamiento judicial y sus peculiaridades.⁴⁴

De ello nacen las acertadas afirmaciones de Cabañas,⁴⁵ cuando indica que no resulta conveniente aplicar estos cuatro criterios de forma pura a la cuestión probatoria, eminentemente empírica; no abstracta ni matemática, por lo que ellos pueden verse como una guía, en última instancia representativa de algunos supuestos de máximas de experiencia consolidadas en el tiempo, cuya validez puede ser similar al enunciado de estos principios, y no ve en ellos dentro del campo de la libre apreciación, sino un fenómeno particular de máximas empíricas.

⁴¹ Estos tres principios –que se consideran los principios clásicos del pensamiento– se atribuyen a Aristóteles, en tanto que un cuarto principio: el de razón suficiente fue formulado posteriormente por Leibniz. ASTUDILLO, O., *op. cit.*, p. 98.

⁴² Vid. CERDA, R., *op. cit.*, p. 43. Dice Astudillo, que los estudiosos de la lógica no mencionan a la razón suficiente como uno de sus principios. , *op. cit.*, p. 98, cita 132.

⁴³ Vid. ASTUDILLO, O., *op. cit.*, p. 98.

⁴⁴ ARAYA, M., *op. cit.*, pp. 73 y ss. y 232 y ss.

⁴⁵ Vid. CABAÑAS, J.C. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Estudio dogmático y jurisprudencial. Ed. Trivium, Madrid, 1992, pp. 140-141.

III. EL MOMENTO DE LA DECISIÓN SOBRE LOS HECHOS PROBADOS O APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA

En esta etapa vuelve a tener cabida el derecho, pues importa la aplicación del estándar de prueba, lo que implica determinar la *ratio* de errores epistémicos que debe soportar cada parte del proceso y esta es una decisión político-ética que recae en la ciudadanía en su conjunto, como fuera adelantado.

La metodología aludida con precedencia –inferencia inductiva– habilita a atribuir grados de corroboración o probabilidad inductiva a una determinada hipótesis sobre los hechos, esto es, permite evaluar las distintas hipótesis plausibles imaginables (o de las efectivamente planteadas por las partes en el proceso), de las predicciones que permiten formular, la constatación del cumplimiento o incumplimiento de esas predicciones, etc., posibilita al juez la determinación de la probabilidad de que una hipótesis sea verdadera, dados los elementos de juicio disponibles.⁴⁶

Lo anterior no es suficiente para dar por probada una determinada hipótesis sobre la ocurrencia de un hecho, por ejemplo, declarar que Pedro mató a Diego o que debe acogerse la demanda de alimentos a favor del alimentario; para ello es imprescindible fijar un umbral a partir del cual aceptaremos una hipótesis como probada, es decir, debe determinarse el grado de *probabilidad* suficiente.

La determinación del estándar de prueba es un mecanismo que permite distribuir los errores judiciales en la declaración de hechos probados. La relación en materia penal, entre falsos positivos y falsos negativos, es decir, cuántos inocentes deben ser condenados en relación a cuántos culpables deben ser absueltos, es una decisión que la mayoría de los ordenamientos jurídicos resuelven claramente a favor de preservar el valor de la libertad. Se contempla el estándar de

⁴⁶ FERRER, J. *La valoración racional...*, *op. cit.*, p. 139.

prueba *de más allá de toda duda razonable*, que establece un estándar alto, cuya superación implica dejar en el camino a muchos culpables libres, y que consecuentemente responde la pregunta sobre ¿cuántas absoluciones falsas está dispuesta la sociedad a soportar para evitar una condena falsa?

En este momento, que es eminentemente jurídico, puede la epistemología intervenir –una vez que se ha establecido el estándar– diciéndole al derecho como elaborar el grado de exigencia del referido estándar, o en otras palabras actuar señalándole al derecho cuáles son las características que debe tener la definición del estándar de prueba para que pueda operar como tal en la toma de decisiones y en el control de las decisiones adoptadas. Por ejemplo, si se ha optado por una metodología cualitativa inductivista, la epistemología puede mostrar al derecho cuáles son las cualidades que debe buscar en el conjunto de elementos de prueba.

La circunstancia de que a la epistemología no le corresponde tomar la decisión acerca del nivel de exigencia probatoria que imperará en determinada clase de procesos jurisdiccionales, no obsta que “incida en el proceso de formación de esta decisión mediante la realización de observaciones, el ofrecimiento de argumentos y la propuesta de metodologías apropiadas, con miras a que aquella se tome en un contexto mejor informado y sea lo más racional posible”.⁴⁷

VI. Diversos estándares de prueba

A los efectos de este análisis es imprescindible partir de la premisa de que el estándar de prueba no tiene que ser el mismo en todos los ámbitos, ni el mismo dentro de un tipo de proceso. Como primera gran diferenciación debo indicar, como lo he hecho, que en materia

⁴⁷ AGUILERA, E. “Jordi Ferrer y la tradición racionalista de la prueba jurídica: Una mirada crítica”. *Rev. Isonomía*, N° 44, abril 2016, pp. 176-177.

penal rige el mencionado estándar de prueba de *más allá de toda duda razonable*, que no es posible de cuantificar o ello resulta extremadamente difícil, pero que aquellos que se han atrevido a hacerlo, sitúan alrededor de un 90 o 95% de probabilidad.

En cambio, en materia civil, rige el estándar de *preponderancia de la evidencia, prueba prevaleciente o más probable que no*, que se grafica como 50 + 1, en el cual una hipótesis se considera acreditada si su grado de confirmación es superior al de la hipótesis contraria, esto es, si existe un 51% de probabilidad que haya ocurrido el hecho que se pretende probar. Ahora bien, si todas las hipótesis de los hechos tienen un bajo nivel de apoyo probatorio, no basta con preferir la opción más probable para que se considere la proposición fáctica como suficientemente probada, será necesario para ello, que esta sea más probable que su negación o dicho de otra forma, debe considerarse más probable que haya ocurrido a que no haya ocurrido.

En el ámbito del *common law* existe un estándar intermedio, el de la *prueba clara y convincente* (*clear and convincing evidence*), que implica un mayor umbral de exigencia probatoria requerida –en relación al de prueba prevaleciente– para dar por acreditada una proposición fáctica y que se encuentra destinado a ser aplicado en materias en donde el riesgo de una decisión errónea por parte del sistema judicial puede afectar importantes intereses individuales.⁴⁸ Es definido a nivel porcentual en un 75%.⁴⁹

Este estándar exige para que el juez pueda dar por acreditado un presupuesto fáctico, que de los elementos de prueba disponibles, se desprenda de forma relativamente categórica que es “mucho más probable o altamente probable de que haya ocurrido a que no haya ocurrido el hecho” y se utiliza en casos relacionados con procedi-

⁴⁸ Vid. VAN HASSELT, R. “El estándar de prueba en materia infraccional”, Centro de Estudios Tributarios, FEN, Universidad de Chile, p. 220.

⁴⁹ FUENTES, C. , *op. cit.*, p. 192.

mientos de interdicción, limitación del régimen de visitas, alternación del régimen de cuidado personal, fraude, nulidad de un testamento, existencia contratos verbales y, en general, en asuntos vistos en sede civil donde es necesario, en virtud de los principios jurídicos involucrados en cada caso, distribuir la carga del riesgo a favor de quien se encontraría más perjudicado.⁵⁰

Susan Haack sobre el particular, y para el caso norteamericano, expresa respecto de los diversos estándares, que rige en materia penal, el de “más allá de toda duda razonable”; en los casos civiles ordinarios, el de “preponderancia de la prueba” o “más probable que su negación” y el de “prueba clara y convincente” en procesos especiales, como la cesación de los derechos paterno-filiales, las cuestiones relacionadas con la ciudadanía, el contenido de un testamento, etc. Y que, finalmente se cuenta también con el de “la sospecha razonable” o “causa probable” que se exige para un registro y con el requisito señalado en la regulación sobre la pena de muerte en Texas respecto a que el jurado deberá imponer dicha pena al acusado solo si encuentra “más allá de toda duda razonable” que “hay una probabilidad” de que el sujeto será peligroso en el futuro.⁵¹

En Chile el estándar de prueba en el ámbito penal –el de *más allá de toda duda razonable*–, tiene consagración legal en el artículo 340 del Código Procesal Penal, respecto del cual existe consenso en que es considerablemente más alto que el que opera en materia civil y que es el que rige actualmente en los procesos penales.⁵² Respecto de los otros estándares, de *preponderancia de la evidencia* y de *prueba clara y*

⁵⁰ Vid. VAN HASSELT, R., *op. cit.*, p. 220.

⁵¹ HAACK, S., *op. cit.*, p. 69.

⁵² Sin embargo hasta aquí llegan las certezas, pues es profusamente discutida su formulación y su contenido, existiendo solo consenso en que es en extremo poroso e indeterminado, discusión presente en aquellos sistemas que lo adoptan. Cfr. LAUDAN, L. *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 59 a 101. En Chile, FUENTES, C. “El manejo de la incertidumbre judicial: La construcción de la duda razonable en el sistema procesal penal” <https://works.bepress.com/claudio_fuentes_maureira/6/download/>

convinciente, es posible sostener su aplicabilidad en los procesos civiles, entendiéndose por estos los que abarcan las materias laborales, de familia, infraccionales, tributarios, ambientales y civiles propiamente tales, rigiendo aquel que recoja la relevancia de los valores o bienes involucrados, en los términos ya anotados.

Igualmente puede sostenerse que existen en nuestra legislación, estándares diferenciados y/o menos exigentes para decisiones intermedias o de naturaleza urgente en los diversos procesos, por ejemplo, en materia de derecho del trabajo, para el caso de la tutela laboral, puede sostenerse con suficiente fundamento, que el estándar está contemplado en el artículo 493 del Código del ramo, que señala: *“Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”*.

Sobre ello Larroucau⁵³ expresa que basta con que el actor aporte “una chispa de prueba” para que se acoja su relato, de modo que una vez que se despierta en el tribunal la “sospecha razonable” de que han ocurrido los hechos tal como ha relatado el trabajador, el juez laboral está autorizado para acoger su demanda, inmunizándolo de los errores en el veredicto. Agrega que no duda de que puedan haber buenas razones para repartir así los riesgos en materia laboral, pero lo que le interesa remarcar es que ese estándar de prueba responde a la lógica continental de los beneficios (“acoger los reclamos de atentados a ciertos derechos fundamentales del trabajador”), sin preocuparse de justificar el reparto de costos que conlleva, por lo que se cuestiona: ¿por qué debemos cargar a los empleadores con los gastos de una sentencia errónea?, de manera que el tema no resulta pacífico.

En materia de derecho de familia se señala que, si bien el legislador no ha establecido un estándar de prueba, es posible afirmar que

⁵³ LARROUCAU, J., *op. cit.*, p. 788.

deben aplicarse estándares diferenciados en virtud de la variada gama de decisiones que adopta el tribunal en esta judicatura. Así se señala, que resulta racionalmente aplicable a este tipo de conflicto el estándar de *preponderancia de la evidencia*, pues la mayor parte de los conflictos a solucionar son de similar naturaleza al contencioso civil ordinario, no obstante existen algunas cuestiones que requieren de un tratamiento especial, como es el caso de la violencia intrafamiliar (donde el objetivo de prevenir fenómenos de violencia futuros de mayor intensidad puede llevar a disminuir el nivel de pruebas exigidos para demostrar los actos violentos cometidos).⁵⁴ Creo que es viable en este tipo de materia adoptar un estándar similar al que el legislador consagra en materia laboral tratándose de la tutela laboral, previsto en el artículo 493 del Código de Trabajo aludido con precedencia, pues se trata de situaciones urgentes en que se justifica la flexibilización o rebaja del estándar de convicción para dar por acreditada la denuncia.⁵⁵

En cambio tratándose de otras materias del ámbito de esta misma judicatura, tales como la determinación de la responsabilidad contravencional de los adolescentes infractores de ley (inimputables), donde la presunción de inocencia y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, deben impulsar al juez de los hechos a exigir un alto nivel de conformación probatoria de la culpabilidad,⁵⁶ el estándar debe ser más exigente y me atrevería a agregar otros temas, tales como la pérdida de la patria potestad o la pérdida del cuidado personal del menor o, como fuera mencionado, la pérdida del derecho de relación directa y regular, declaración de interdicción, etc., en que

⁵⁴ Vid. CERDA SAN MARTÍN, R. *Elementos fundamentales de la actividad probatoria*. Ed. Librotecnia, Santiago, 2011, p. 224.

⁵⁵ La ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar permite decretar medidas de protección o cautelares aun antes de la notificación de la demanda (en sede de Tribunal de Familia) o antes de la formalización (en sede penal), como se lee de los artículos 7° y 15 de la ley 20.066, en que no se consagra estándar alguno y que, a mi juicio, obliga al adjudicador, en mérito del ineludible deber de fundamentación, a considerar un estándar mínimo de plausibilidad y a explicitarlo, en el caso de acoger o denegar la solicitud de medidas de protección o cautelares que se le formulan.

⁵⁶ CERDA SAN MARTÍN, R., *Elementos fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 224 y 225.

podría postularse, con suficiente fundamento, que rige el estándar de *prueba clara y convincente*.

Conforme lo examinado es necesario señalar que, en el campo de la prueba judicial, ya sea por las limitaciones propias de las cuestiones pertenecientes al ámbito del conocimiento empírico o por las limitaciones institucionales propias del proceso judicial (existencia de plazos, exclusión de pruebas, las diversas formas de justicia negociada, etc.), jamás podremos adquirir certezas absolutas respecto de los enunciados que se han declarado probados, nunca se podrá predicar que existe 100% de probabilidad de que el hecho en cuestión haya ocurrido, por lo que de ello resulta en extremo relevante, definir un estándar de prueba, configurarlo y hacerlo operativo.

Por otra parte, cualquier estándar por el que se opte, deberá cumplir ciertos requisitos sin los cuales se torna baladí hablar de estándar de prueba,⁵⁷ a la sazón, a saber:

1. No debe tratarse de un estándar subjetivo, esto es, no debe tener anclaje en los estados mentales del juzgador.
2. Debe estar formulado en términos que hagan posible determinar a través de procedimientos intersubjetivamente comprobables cuándo ha quedado satisfecho y cuándo no.
3. Su formulación debe ser tal que de su correcta aplicación resulte exactamente la distribución del riesgo que se reputa justificada (o dicho de otro modo, que de su aplicación correcta resulte exactamente la *ratio* entre *falsos positivos* y *falsos negativos* que se considere apropiada), y

⁵⁷ Vid. BAYÓN, J.C., “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano” <<https://es.scribd.com/document/275884796/Bayon-Epistemologia-Moral-y-Prueba-de-Los-Hechos>>

4. De su aplicación debe resultar esa distribución del riesgo, pero precisamente en razón de la *calidad* de los elementos de prueba y de las inferencias probatorias que es preciso llevar a cabo.

VII. A modo de colofón

De lo hasta aquí analizado es posible extraer, reiterando que es sin ánimo de exhaustividad atendidos los estrechos márgenes de este trabajo, cuatro grandes conclusiones, que deben surgir de manera autoevidente en toda discusión sobre estándares de prueba en el proceso judicial y en el contexto de un sistema cognoscitivista de valoración probatoria.

a. Resulta un imperativo ineludible el integrar en el razonamiento probatorio de la sana crítica racional o sistema racional de valoración probatoria, un estándar que utilice criterios intersubjetivamente controlables, que señalen cuándo se ha traspuesto el umbral que permita afirmar que existen suficientes elementos de juicio para dar por probada la hipótesis planteada, ya sea en la demanda, denuncia infraccional o acusación.

b. La opción por el compromiso epistemológico del proceso excluye toda posibilidad de identificar el estándar de prueba con los estados mentales del juez de los hechos, de modo tal que no puede contar como suficiente estándar aquello que no tenga anclaje en los elementos de juicio disponibles.

c. Es posible sostener, que pueden configurarse estándares diferenciados en relación a los diversos procedimientos, o bien dentro de un mismo procedimiento, en relación a los bienes jurídicos o decisiones involucradas, pero resulta insoslayable que los criterios que conforman el respectivo estándar sean *conocidos previamente* por quien está siendo objeto de juzgamiento, de lo cual arranca la relevancia de configurarlo positivamente.

d. Lo óptimo sería que el propio legislador configure legislativamente la regla de decisión, pero en su defecto nada impide recurrir a la doctrina con el fin de que elabore estándares de prueba, los que, a falta de determinación legal, hagan operativa esta fase de la actividad probatoria judicial.