

**LA PREDETERMINACIÓN NORMATIVA DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA
(UN DERIVADO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA)¹**

***THE NORMATIVE PREDETERMINATION OF THE STANDARDS OF PROOF
(A DERIVATIVE OF LEGAL CERTAINTY)***

Ignacio M. Soba Bracesco

Profesor Adjunto y Profesor Adscripto de Derecho Procesal
de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.
Montevideo/Uruguay. E-mail: blogprocesal@gmail.com

RESUMEN: Mucho se ha escrito sobre la existencia y formulación de distintos estándares de prueba, tanto en los procesos civiles como en los penales; sin embargo, un punto sobre el cual vale la pena detenerse y profundizar es el del anclaje normativo de esos estándares. La cuestión presenta ribetes interesantes y problemáticos en tanto en la legislación los estándares de prueba no siempre se encuentran predeterminados. La individualización y cognoscibilidad del estándar pasa a ser, de ese modo, una cuestión previa sobre la cual es necesario reflexionar, antes de analizar cómo se aplica un estándar probatorio en particular. El conocer el estándar probatorio antes de la decisión jurisdiccional favorece la seguridad jurídica y permite el control de dichos pronunciamientos.

PALABRAS CLAVE: estándar de prueba, seguridad jurídica, certeza, probabilidad, duda razonable.

ABSTRACT: Much has been written about the existence and formulation of different standards of proof, both in civil and criminal proceedings. However, one point on which it is worth deepening into is that of the normative anchor of those standards. The issue presents interesting and problematic aspects while in the legislation the test standards are not

¹ Artigo recebido em 02/03/2020, sob dispensa de revisão.

always predetermined. The individualization and cognizability of the standard thus becomes a previous question on which it is necessary to reflect, before analyzing how a particular evidentiary standard is applied. The recognition of judicial standard before the jurisdictional decision favors legal certainty and allows the control of judicial decisions.

KEY WORDS: standard of proof, legal certainty, certainty, probability, reasonable doubt.

SUMARIO: I) Introducción: delimitación del objeto de análisis. II) La existencia de más de un estándar probatorio y la (in)seguridad jurídica. III) ¿Dónde está el estándar? Breve relevamiento de Derecho comparado. IV) ¿Qué hacer ante la ausencia de un estándar probatorio fijado expresamente en la normativa? V) Las reglas de la carga de la prueba como un salvavidas normativo para la determinación del estándar. VI) La relevancia del control respecto del estándar probatorio. VII) Reflexiones finales

I) Introducción: delimitación del objeto de análisis²

Las decisiones jurisdiccionales resuelven conflictos intersubjetivos, ponen fin a litigios, satisfacen pretensiones, eliminan insatisfacciones jurídicas, etc. (según la concepción acerca de la finalidad del proceso jurisdiccional que se tenga). Para ello se requiere que, en lo relativo a los enunciados fácticos o proposiciones sobre hechos que integran habitualmente el objeto del proceso, las decisiones se adopten en base a estándares de prueba.

Básicamente, un estándar de prueba sirve para indicar cuándo se encuentra probado, o cuando se está autorizado o justificado para aceptar como verdadera una hipótesis, un enunciado fáctico (o sea, proposiciones lingüísticas sobre hechos en el proceso) o un relato. Ese enunciado fáctico pasa - al cumplir con las exigencias del estándar - a estar

² Agradezco los muy generosos y atencibles comentarios que me hizo llegar el Prof. Dr. Jordi Ferrer Beltrán con relación al presente trabajo. Algunas de las ideas previamente publicadas por el Prof. Ferrer Beltrán, así como de otros valiosos colegas a los que iré haciendo mención, han motivado las reflexiones que se incluyen aquí a modo de disparador de otros tantos problemas que es pertinente seguir discutiendo.

verificado: ya no se trata únicamente de una afirmación, de un enunciado fáctico alegado por una parte en el proceso, se trata de un enunciado probatorio³.

En puridad, siguiendo una concepción de cuño objetivo o racionalista⁴, la prueba no apunta - o no apunta exclusivamente - a convencer subjetivamente a tal o cual juez o magistrado (aunque así sea vista por muchos operadores jurídicos). No se trata, al menos no exclusivamente, de la certeza tranquilizadora para el juez o de la confianza de ese juez en uno de los relatos o narraciones que se le ofrece por las partes.

Se exigen criterios intersubjetivamente controlables, u objetivos y razones externas, que permitan confirmar o rechazar las hipótesis sobre hechos, o arribar al nivel de prueba exigido por el estándar probatorio que se utilice en cada caso.

Ahora, la interrogante a plantear es, derechamente, si puede el juez basar su decisión sobre los enunciados fácticos que integran el objeto del proceso en cualquier estándar de prueba (la formulación específica del estándar es otra discusión), o si sólo puede y debe hacerlo en base a un estándar de prueba que se encuentre predeterminado normativamente. Esto es, un estándar pasible de ser conocido de antemano, individualizado normativamente.

Se parte de una concepción en la cual la prueba tiende a la verdad como correspondencia con los hechos. Una verdad que es definida en función de la información incorporada al proceso, bajo las condicionantes de diseño institucional que ofrece el Derecho procesal y probatorio para el procedimiento probatorio.

A modo de adelanto de la conclusión final, a mi criterio, el estándar de prueba que se vaya a utilizar por parte del juez en el caso concreto debe estar predeterminado normativamente, antes de la decisión. Sobre este punto en particular versará el objeto del presente análisis, lo que no quita que dentro de cada estándar fijado normativamente

³ Véase, entre muchos otros, Gascón Abellán, M. (2010). Los hechos en el derecho (tercera edición). Madrid: Marcial Pons, pp. 78, 86, Gascón Abellán, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 129, Alicante: Biblioteca Cervantes Virtual. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc12692>; Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 104, Alicante: Biblioteca Cervantes Virtual. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc8k7r6>

⁴ A guisa de ejemplo, De Paula Ramos, V. (2019). La prueba testifical. Madrid: Marcial Pons, pp. 25-37; Ferrer Beltrán, J. (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea, pp. 402-403. En Papayannis, D. M., Pereira Fredes, E. (Ed.). Madrid: Marcial Pons.

sobrevivan espacios para la discrecionalidad -o quizás, mejor, para la arbitrariedad- del juez⁵ (en similar sentido, Larroucau Torres, 2012, p. 800).

El tema de la vaguedad de los estándares que cuentan con anclaje normativo, no es el objeto del presente trabajo. Es sí un problema, pero que acontece luego de lo que aquí estoy planteando (*v.gr.*, con posterioridad a la identificación del estándar que se va a utilizar).

Para otra ocasión queda discutir si se puede admitir, o no (y en su caso, con o sin norma que lo habilite), que las partes acuerden o pacten sobre el estándar de prueba, con carácter vinculante para el juez, punto que adelanto resulta muy desafiante de determinar. Un estándar de prueba definido por un acuerdo de partes cumpliría con el requisito de predeterminación y no afectaría la seguridad jurídica. Claro que podría ser objeto de otro tipo de cuestionamientos, como, por ejemplo, el de ser una injerencia indebida en la función jurisdiccional⁶.

En las investigaciones en materia de estándar de prueba se ha analizado y discutido sobre su conceptualización; acerca del carácter subjetivo, intersubjetivo u objetivo del o los estándares; respecto de cuáles son, en definitiva, los estándares que se pueden admitir procesalmente (estudiando, eventualmente, las variantes entre el proceso civil -en sentido amplio- y el proceso penal, signado por principios, reglas o garantías fundamentales, como el principio, estado o presunción de inocencia); etc. Sin embargo, poco se ha dicho, entiendo, acerca de la necesidad de respaldo normativo del estándar de prueba. Al decir de Ferrer Beltrán⁷, la ausencia de estándares de prueba con anclaje en la legislación procesal se convierte en talón de Aquiles del diseño procesal. Ello es totalmente compatible.

Ferrer Beltrán⁸ también ha dicho que si no conocemos el estándar de prueba aplicable o éste resulta indeterminado, no hay forma de justificar que la corroboración es suficiente (corroboración derivada de que se ha llegado al umbral de exigencia probatoria

⁵ En similar sentido, Larroucau Torres, J. (2012). Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), 800. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4244529>

⁶ En ese sentido, refiriendo a pactos sobre dosis de prueba: Picó i Junoy, J. (2018). A vueltas con los pactos procesales probatorios. En Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal / International Association of Procedural Law. *La prueba en el proceso*, p. 674. Barcelona: Atelier.

⁷ Ferrer Beltrán, J. (2018). *Op. Cit.*, pp. 401-402.

⁸ Ferrer Beltrán, J. (2020). Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la CIDH. *Quaestio facti*. *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 2020(1), 377. DOI: http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22381

para que una hipótesis se considere probada). Agrega Ferrer Beltrán que sin estándar de prueba no hay motivación posible (entendida como justificación).

La necesidad de que el estándar probatorio se encuentre predeterminado normativamente -lo que a menudo no acontece- se explica, fundamentalmente, en base a la propia variedad de estándares, la seguridad jurídica, la concepción de la verdad como correspondencia y los relevantes efectos que tienen, para las personas, las decisiones jurisdiccionales.

Finalmente, recordar que las condiciones que pueden llevar a la elección del estándar de prueba son múltiples. Entre esas variables hay que considerar especialmente la decisión política-valorativa⁹ o ética-política. Precisamente, según Taruffo¹⁰:

...es necesario tener en cuenta el hecho de que los estándares de prueba pueden variar en función de la estructura del contexto procesal, de las finalidades que se asignen al proceso concreto, de los valores ético-políticos que en él se consideren prioritarios y de la regulación procesal de las cargas probatorias que se atribuyan a las partes. El problema de la corrección -o de la veracidad- de la decisión sobre los hechos se inserta pues en los distintos contextos procesales: puede, en efecto, suceder - como quizás suceda en el proceso penal- que la eliminación de los errores no sea una finalidad prioritaria de un cierto tipo de proceso.

Se puede apreciar, entonces, la relevancia de trabajar sobre la decisión político-valorativa que justifica la elección de un determinado estándar probatorio, sin embargo, ese no es el objeto del presente estudio. Lo que sí importa a estos fines es que el estándar que ha sido elegido sea definido normativamente de modo expreso y sencillo, evitando *a posteriori*, en la medida de lo posible, las vaguedades y los espacios para la arbitrariedad jurisdiccional en el diseño del estándar elegido y consagrado normativamente.

En todo caso, reiterar, que esas decisiones políticas, que pueden hacer variar el estándar de prueba según el tipo de objeto procesal o de conflicto de que se trate, deben

⁹ Gascón Abellán, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, pp. 130-131, Alicante: Biblioteca Cervantes Virtual. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc12692>

¹⁰ Taruffo, M. (2005). Tres observaciones sobre 'Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar' de Larry Laudan. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, p. 119. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc4t714>

trasuntar en una técnica legislativa que, con la mayor simplicidad posible¹¹, señale cuál es el estándar probatorio al cual pueden acudir los jueces. Algo similar ha dicho Ávila¹², al referir a la claridad del lenguaje como uno de los componentes de la seguridad jurídica (lo que no puede significar, según el autor, ni demasiada precisión, ni precisión de menos), y que no se debe confundir con univocidad del lenguaje.

II) La existencia de más de un estándar probatorio y la (in)seguridad jurídica

En un marco de predictibilidad, de seguridad jurídica, y de ejercicio responsable y legítimo de la jurisdicción, la predeterminación del estándar es necesaria para que las partes conozcan las reglas de juego de antemano, y puedan guiar su conducta procesal en base a ello.

El estándar de prueba no puede ser meramente subjetivo, y tampoco sorpresivo (*id est*, no puede ser un estándar de cada o para cada juez, o determinado por el juez arbitrariamente al momento de fallar); debe ser objetivo y predeterminado. Las partes, así como cualquier juez, lo deben poder conocer *a priori* de la decisión.

Algo similar se ha expuesto como crítica a la teoría de las llamadas cargas probatorias dinámicas¹³, cuando se ha señalado que no pueden las partes enterarse cuál es el criterio que rige la distribución de la carga de la prueba (subjetiva, como regla de conducta), recién en el momento final de la decisión (donde tradicionalmente se ha dicho que opera como regla de juicio).

Todo esto se debe a la existencia de más de un estándar de prueba. Según se dirá *infra*, hay estándares más o menos exigentes o rigurosos, vinculados, a mi criterio, con el tipo de probabilidad que se acepta o con la duda que es posible tolerar como fundamento de una sentencia¹⁴.

¹¹ Soba Bracesco, I. M. (2019). Declaración a favor de la simplicidad procesal. Recuperado del Blog de Derecho Procesal: <http://ignaciosoba-derechoprosesal.blogspot.com/2019/05/declaracion-favor-de-la-simplicidad.html>

¹² Ávila, H. (2012). Teoría de la seguridad jurídica. Marcial Pons: Madrid, pp. 276-277.

¹³ A modo de resumen de dichas críticas, Ferrer Beltrán, J. (2019). La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. En Nieva Fenoll, J., Ferrer Beltrán, J., Giannini, L. Contra la carga de la prueba, pp. 67, 77-79. Madrid: Marcial Pons.

¹⁴ A cuánto beneficio de la duda se tiene derecho en el caso concreto – Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28, pp. 111-112, Alicante: Biblioteca Cervantes Virtual. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc8k7r6>

A modo ilustrativo, como ejemplos que demuestran la pluralidad de estándares a nivel de la dogmática y la jurisprudencia: la probabilidad preponderante o prevaleciente, la semiplena prueba, el estándar intermedio de evidencia clara y convincente o regla $P > 0,75$, el *Higher Standard of Proof*¹⁵, la alta probabilidad, la certeza más allá de duda razonable, la certeza procesal, la prueba plena, etc.

Como bien expresa Accatino, con relación a los procesos civiles, y basándose en la tradición anglosajona¹⁶:

Los estándares de prueba pueden ser más o menos exigentes, según si fijan un umbral mínimo de suficiencia o bien un umbral más elevado. El nivel mínimo de suficiencia es el que requiere que se tenga por probada la proposición fáctica que resulte relativamente más corroborada por las pruebas disponibles, esto es, que resulte más corroborada que las proposiciones incompatibles (...) 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...

Bustamante Rúa & Palomo Vélez¹⁷ señalan, con énfasis en el caso del proceso penal, que los estándares de prueba son - en orden de mayor a menor exigencia - los siguientes: más allá de toda duda razonable, prueba clara y convincente, preponderancia de la prueba, sospecha razonable¹⁸.

En Polonia, en tanto, según la Corte Suprema “*probability appears when there are grounds for accepting a certain position despite unanswered doubts, high probability - when all relevant doubts have been removed, and certainty - when all possible doubts have been removed*”. Se trata de conceptos y de una terminología que presenta variantes en tribunales inferiores¹⁹.

¹⁵ Larroucau Torres, J. (2012). Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), pp. 791-792. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4244529>

¹⁶ Accatino, D. (2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, pp. 486-487. Valparaíso. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000200012

¹⁷ Bustamante Rúa & Palomo Vélez (2018). La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable en el proceso penal. *Revista Ius et Praxis*, 24(3), p. 665. <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1202>

¹⁸ Véase, también, Anderson, T., Schum, D., Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, pp. 299-300.

¹⁹ Flaga-Gieruszyńska, K. & Klich, A. (2018). Polonia. En Bujosa Vadell, L. M. (Director), Bueno de Mata, L. (Coordinador). *La prueba en el proceso. Perspectivas nacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 262 y 264.

En el Derecho internacional también se aprecia la variedad de estándares. A nivel de la Organización Mundial de Comercio, por ejemplo, se ha sostenido que la cantidad de pruebas que son necesarias para establecer (por la parte) que lo que se afirma es cierto *prima facie* “*varía según las medidas, las disposiciones y los casos*”²⁰.

III) ¿Dónde está el estándar? Breve relevamiento de Derecho comparado

Tal como se señala a lo largo del presente opúsculo, no todos los ordenamientos jurídicos incluyen una regulación de los estándares. La utilidad del Derecho comparado radica, una vez más, y valga la redundancia, en comparar soluciones a problemas; esto es, en conocer el *know how* de los sistemas procesales que afrontan problemáticas más o menos comunes. El comparativismo abre –siguiendo una expresión de Damaska²¹ (que me parece muy atinada- “*un campo inmenso y sorprendente*” propicio para seguir reflexionando e investigando sobre la temática.

Se dará un breve panorama de lo dispuesto por algunas legislaciones, pero con la salvaguarda que ello no agota, por supuesto, las particularidades procesales que se pueden presentar en función de la existencia de otras materias o la consagración de regulaciones específicas para procesos autónomos o especiales. Asimismo, como el Derecho avanza con más o menos ímpetu (y en función de diversas circunstancias), los procesos de reforma integral o parcial a nivel procesal están a la orden del día en los diferentes ordenamientos jurídicos. Resulta conveniente, pues, que el propio lector corrobore la actualización de la legislación comparada directamente con su fuente.

Sin perjuicio de las regulaciones que se analizarán a continuación, esa ausencia de predeterminación del estándar probatorio se puede apreciar, por ejemplo, en el proceso civil polaco²².

A nivel procesal civil, en **Argentina**, se encuentra la referencia al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos en el art. 36 n° 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En sede de resoluciones judiciales, cuando se analiza el contenido

²⁰ Estados Unidos — Medidas que afectan a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India, Informe del Órgano de Apelación, 25 de abril de 1997

²¹ Damaska, M (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Santiago: Editorial Chile, p. 9.

²² Flaga-Gieruszyńska, K. & Klich, A. (2018). Polonia. En Bujosa Vadell, L. M. (Director), Bueno de Mata, L. (Coordinador). *La prueba en el proceso. Perspectivas nacionales*, pp. 260-261. Valencia: Tirant lo Blanch.

de la sentencia definitiva (art. 163), o en sede de prueba, no hay una definición expresa del estándar de prueba (arts. 360 y ss.).

Algo similar sucede, también en Argentina, con el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (agosto de 2019), que -sin perjuicio de otras disposiciones- en su art. 45 lit. m) incluye una referencia al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos como un deber de los jueces, o en el art. 402 lit. f), en el que se consigna que el actor o demandante incluirá en su demanda el ofrecimiento de todas las pruebas con las que pretende demostrar la verdad de los hechos alegados. En tanto, en su art. 149 se alude al estándar menos exigente para las medidas cautelares, cuando se menciona que se puede ofrecer prueba sobre la probabilidad de existencia de los hechos alegados; y en el art. 403 lit. b) que establece que se podrá otorgar tutela anticipada de urgencia, cuando se cumpla con algunos requisitos, entre ellos «el ofrecimiento de prueba que brinde una elevada probabilidad con respecto a la existencia de los hechos, siempre que no requieran amplitud de debate o complejidad probatoria» (en similar sentido, art. 438 lit. b, relativo a procesos urgentes). Al igual que en el Código vigente, en sede de resoluciones judiciales, cuando se analiza el contenido de la sentencia definitiva (art. 299), o en sede de prueba, no hay una definición expresa del estándar de prueba (arts. 205 y ss.).

Australia sí cuenta con una regulación expresa de los estándares de prueba en su *Uniform Evidence Law* (secciones 140 y 141 que se citan a continuación). Sin perjuicio de lo que es la elección del estándar por la normativa federal australiana, se trata de un claro ejemplo de cómo se puede regular los estándares:

140 Civil proceedings: standard of proof

- (1) In a civil proceeding, the court must find the case of a party proved if it is satisfied that the case has been proved on the balance of probabilities.
- (2) Without limiting the matters that the court may take into account in deciding whether it is so satisfied, it is to take into account:
 - (a) the nature of the cause of action or defence; and
 - (b) the nature of the subject-matter of the proceeding; and
 - (c) the gravity of the matters alleged.

141 Criminal proceedings: standard of proof

- (1) In a criminal proceeding, the court is not to find the case of the prosecution proved unless it is satisfied that it has been proved beyond reasonable doubt.

(2) In a criminal proceeding, the court is to find the case of a defendant proved if it is satisfied that the case has been proved on the balance of probabilities.

Nótese que en la regulación Australiana del estándar de prueba para el proceso penal se hace mención a más allá de duda razonable, para el caso de la prueba de la pretension promovida por la acusación penal, mientras que para la defensa del imputado se hace alusión al balance de las probabilidades. Esta bifurcación en la perspectiva normativa es atendible, en tanto la probabilidad de los argumentos de la defensa afecta dialécticamente - directa o indirectamente- los enunciados y la prueba de la acusación.

Brasil cuenta, en su Código del Proceso Civil, con algunas referencias interesantes a la verdad desde el punto de vista de los litigantes o terceros y de su conducta o actos en el proceso (arts. 77.I, 80.II, 319.VI, 378, etc.), así como a la probabilidad en lo relativo a ciertos requisitos para la adopción de la tutela de urgencia (art. 300). Sin embargo, se destaca lo dispuesto en el art. 369, en sede de disposiciones generales sobre las pruebas, en el cual se establece que las partes tienen el derecho a ofrecer y producir prueba para «probar la verdad de los hechos en que se basa en pedido o la defensa, e influir eficazmente en la convicción del juez.» (versión original: «As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.»). Parece, por tanto, una disposición como otras que se encuentran en el Derecho comparado, pero que no contempla una regulación clara y expresa del estándar de prueba.

En **Colombia**, como indica Ruiz Jaramillo, el Código del Proceso Penal de dicho país exige, en su art. 381, el «conocimiento más allá de toda duda», como estándar de prueba a cumplir para habilitar una condena. En tanto, indica el citado autor, que en el Código General del Proceso colombiano se omite definir la suficiencia probatoria para la sentencia condenatoria; no obstante, de *lege data*, agrega Ruiz Jaramillo²³ que:

²³ Ruiz Jaramillo, L. B. (2017). El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el Código General del Proceso colombiano (tesis inédita de doctorado), pp. 189-190. Universitat Rovira i Virgili, Tarragona (<http://repositori.urv.cat/fourrepublic/search/item/TDX%3A2745>).

...cuando el art. 164 obliga al juez a que su «decisión debe fundarse en las pruebas (...) allegadas al proceso», significa que el juez solo puede aceptar como verdadero un enunciado fáctico en la sentencia si lo encuentra probado. Mientras no haya regla jurídica en contrario, lo probado significa que tiene suficiente grado probatorio para superar el estado de duda o la incertidumbre sobre los hechos; porque resulta un contrasentido lógico-jurídico considerar un hecho probado y al mismo tiempo estimarlo en duda. Por tanto, si está en duda la proposición fáctica, se aplica la carga de la prueba...

En **España**, más allá de la discusión respecto del empleo del término certeza a nivel procesal (sobre lo que también hay que reflexionar, en pos de la fijación clara y expresa del estándar probatorio), la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), 1/2000, incluye, así, varias alusiones a la certeza en relación a la cuestión fáctica, destacándose, a estos efectos (y sobre lo que volveré luego), lo previsto en los arts. 217 (corresponde al actor, o en su caso al demandado reconviniente, la carga de probar la certeza de los hechos), 299 (certeza sobre hechos relevantes, para no limitar los medios de prueba a un número cerrado o taxativo), 335 (certeza respecto de hechos en los que es necesario incorporar conocimiento experto), 385 y 386 (certeza en materia de presunciones legales y judiciales), 435 (diligencias finales para adquirir certeza sobre hechos).

Lo referido en todas esas disposiciones es muy ilustrativo en cuanto al estándar de prueba al que se aspira en el proceso civil español. Destaco lo dispuesto en el art. 217, pues marca con claridad -se podrá compartir o no el estándar elegido por el legislador (pero es, como se ha dicho, cuestión posterior y diferente)- que es la certeza el estándar probatorio elegido explícitamente para los procesos civiles regulados por la LEC.

En el caso de **Uruguay**, y sin perjuicio de las interpretaciones que establecen matices en cuanto a su ámbito de aplicación, el art. 15 de la Constitución de la República refiere a la semiplena prueba para adoptar la decisión de la detención (salvo en caso de flagrancia) y/o la prisión preventiva. Aunando lo anterior al principio o estado de inocencia, y a contrario sensu de lo previsto en el citado art. 15, la decisión de condena en el proceso penal se debe basar en un estándar probatorio mayor (según el art. 142 del Código del Proceso Penal uruguayo ese estándar es lo que da en llamar la certeza procesal, excluyendo -en solución opinable- el caso del proceso abreviado). Precisamente, el art. 15 de la Constitución de la República, en Uruguay, es una garantía constitucional que establece a

texto expreso el estándar probatorio menos exigente, para dejar en claro que se ha habilitado o autorizado el ejercicio de la jurisdicción (en casos de detención y/o de adopción de cautelas en sede penal), en base a un estándar de prueba que no es el de la sentencia o decisión definitiva.

Vale anotar que la utilización del estándar probatorio típico del proceso penal también se ha ido extendiendo fuera de su ámbito específico, ganando terreno en el derecho sancionatorio o disciplinario en general. En el caso de la legislación uruguaya, de similar modo a lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos del Derecho comparado- el art. 71 de la Ley N° 19.121, de 20/08/2013, refiere a la presunción de inocencia para el funcionario sometido a un procedimiento administrativo disciplinario. Aunque se podría llegar a cuestionar la aplicación fuera del proceso penal de ciertas garantías -siendo que no se encuentra en juego, por ejemplo, la libertad ambulatoria de las personas- lo que deja en evidencia la normativa es el trasfondo político-valorativo de ciertas decisiones del legislador.

Por su parte, en el proceso civil uruguayo, el Código General del Proceso (CGP), no incluye ninguna referencia a la certeza o a la probabilidad como estándar de prueba (tan sólo se utiliza el concepto de verosimilitud en un caso muy puntual vinculado a prueba documental en poder del adversario, conforme surge del art. 168 del CGP). Sí se hace mención al esclarecimiento o a la averiguación de la verdad (CGP, arts. 24 n° 4 y 25.2), lo que podría llevar a que, en virtud de la función epistémica del proceso²⁴ y de la verdad como correspondencia, se reconozca que el estándar probatorio es el más exigente. Lo dicho aplica, también, al Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (CPCMI, arts. 33 n° 4 y 34.2).

El CGP uruguayo también incluye una referencia a que, en la sentencia, se consignarán los hechos que se tienen por probados (art. 197). A mi criterio, y a diferencia de lo dicho por Ruiz Jaramillo²⁵, no se puede extraer de dicha referencia un estándar probatorio puntual. El que se entienda probado un determinado enunciado, justamente depende del estándar adoptado en cada caso. No se comparte sostener primero que algo ha

²⁴ Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid: Marcial Pons, p. 155.

²⁵ Ruiz Jaramillo, L. B. *Op. Cit.*

sido probado, y luego definir el estándar. Primero se debe definir el estándar para saber cuándo el enunciado se encuentra probado.

En el caso de los procesos civiles (en sentido amplio) uruguayos, la consagración del estándar de prueba tampoco se encuentra a nivel constitucional o convencional (*id est*, a nivel supralegal).

No surge del Código General del Proceso uruguayo que la certeza razonada, razonable, de tipo procesal, sea el estándar probatorio elegido para el proceso civil. Esa afirmación es más un dogma, o quizás, una superstición.

El problema de la ausencia de estándar probatorio predeterminado normativamente, que se comparte desafortunadamente con otros ordenamientos jurídicos, es precisamente en lo que hay que detenerse a reflexionar.

Sí existen algunas disposiciones legales especiales, en la normativa sustancial o material, en la que se incorporan decisiones expresas en materia de estándar probatorio. A modo ilustrativo, véase el art. 8 literal c) de la Ley N° 18.610, de 02/10/2009, relativo a los principios que rigen la política nacional de aguas, en donde se dice que: «...la falta de certeza técnica o científica no podrá alegarse como eximente -ante el riesgo de daño grave que afecte los recursos hídricos- para la no adopción de medidas de prevención, mitigación y recomposición.»; o el art. 6 literal b) de la Ley N° 17.283, de 28/11/2000, que establece los principios de la política ambiental, entre ellos: «La prevención y previsión son criterios prioritarios frente a cualquier otro en la gestión ambiental y, cuando hubiere peligro de daño grave o irreversible, no podrá alegarse la falta de certeza técnica o científica absoluta como razón para no adoptar medidas preventivas.»

Lo anterior es un ejemplo de lo que ha advertido Luna Yerga refiriendo a la causalidad²⁶, en donde se ha planteado superar criterios como el del todo o nada (*all or nothing approach*). También Caumont²⁷ manifiesta, en ese sentido, que no se puede condenar cuando hay dudas: «sobre la duda no hay condena ni obligación de resarcir». Las reglas especiales que se han ido generando en materia ambiental o en el seno de las diferentes funciones del Derecho de daños pueden servir, a modo de banco de prueba (que

²⁶ Luna Yerga, Á. (2005). Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria. InDret. Revista para el análisis del Derecho, 02/2005, Barcelona. http://www.indret.com/pdf/288_es.pdf

²⁷ Caumont, A. (2005). Análisis jurídico de la historia clínica y del peritaje sobre nexos causales. Revista Crítica de Derecho Privado, 2, pp. 217-236. Montevideo: Carlos Álvarez Editor.

quizás algún día se replique más allá de sus confines originales), para apreciar la formulación de estándares de prueba en la legislación.

IV) ¿Qué hacer ante la ausencia de un estándar probatorio fijado expresamente en la normativa?

Tanto en el proceso civil (en sentido amplio, como distinto del penal) como en el proceso penal el estándar debe estar predeterminado. Ello por las exigencias que se derivan, básicamente, de los mismos fundamentos: la seguridad jurídica, el respeto por la libertad y los derechos de las personas que se ven involucradas en los procesos jurisdiccionales.

Ahora bien, sucede que, como fue dicho, en ocasiones, los Códigos o leyes sustanciales o procesales (generales o especiales), no consagran el estándar probatorio (existiendo, eventualmente, una laguna). Esto acontece fundamentalmente en procesos civiles, ya que los procesos penales cuentan con una tradición diferente en lo que refiere al respaldo normativo del estándar de prueba. Lo que se explica, básicamente, en virtud de las garantías fundamentales que a nivel constitucional e internacional se le reconoce a estos procesos.

Si bien la regulación del proceso penal ha sido, frecuentemente, más clara con relación al estándar probatorio que la del proceso civil; no obstante, coincido en que puede ahondarse en la reflexión, conforme la interpretación de algunas ideas que me hiciera llegar el Prof. Ferrer Beltrán, advirtiéndome que la presunción [principio o estado] de inocencia no impone que el estándar más exigente que efectivamente se utilice para condenar en el proceso penal sea, concretamente, el del más allá de toda duda razonable. Si fuera correcto que sí lo impone (a ese estándar en particular), entonces no sería necesaria una expresa regulación del estándar por parte del legislador.

De ahí la importancia de la precisión: comparto que el estándar más allá de toda duda razonable se enmarca en una decisión política técnica que se apoya en los desarrollos de una determinada cultura jurídica, y se vincula sí con el principio o estado de inocencia,

pero no por ello se trata del único estándar exigente admisible bajo ese paraguas protector²⁸.

En efecto, no sólo la configuración del estándar más exigente puede llegar a variar según las legislaciones que atienden al proceso penal, sino que también hay estándares menos exigentes que son tolerados -en el Estado constitucional de Derecho - para la adopción de decisiones de tipo interlocutorio y/o cautelar en el proceso penal (aun cuando en el transcurso del proceso mismo rige el principio o estado de inocencia).²⁹

Entonces, y sin pretender agotar el elenco de posibilidades: ¿qué actitud se puede asumir en esos casos?

i) Una sería aceptar que el estándar debe ser aquél que mejor se aproxime a la averiguación de la verdad en el proceso, cuando ello haya sido así reconocido por la legislación (por ejemplo: CGP uruguayo, arts. 24 n° 4 y 25.2).

Esto sería lo que mejor se adecua a la función epistémica del proceso como instrumento que procura encaminarse a la verdad (Taruffo, 2010, p. 155).

Se trata, por tanto, de admitir un estándar supletorio, implícito, residual, no determinado concretamente, pero que se podría derivar de disposiciones dispersas. En ese sentido, Rodríguez Facal³⁰ plantea que cuando el estándar no se encuentra previsto en una regla particular, la cuestión remite a la diferencia entre norma y disposición (acudiendo para ello a los estudios en la materia de Guastini), de lo que se deriva que el estándar podría extraerse de varias disposiciones o textos.

²⁸ Sobre el estándar más allá de toda duda razonable, el *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia, véase, entre otros, Nieva Fenoll, J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, pp. 49-50, 62-ss.

²⁹ Agrego que cuando se admiten soluciones consensuadas, negociadas, acordadas para el proceso penal (por ejemplo, a través del proceso abreviado en Uruguay), esta diferenciación entre principio de inocencia -como garantía fundamental del proceso penal- y estándar de la prueba para condenar, sirve para justificar lógicamente que en esos supuestos de “verdad consensual o negociada” no se está violentando el principio de inocencia por la no aplicación del estándar (podría cuestionarse que se afecta la garantía del principio de inocencia por otras razones, que no se analizan aquí, pero no por el desconocimiento de un estándar -de rango legal- específico). Código del Proceso Penal uruguayo, art. 142: «(Certeza procesal).- 142.1 No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso plena prueba de la que resulte racionalmente la certeza del delito y la responsabilidad del imputado. 142.2 En caso de duda, deberá absolverse al imputado. 142.3 **Estas disposiciones no se aplicarán al proceso abreviado**, el que se regirá por lo dispuesto en el Título II del Libro II de este Código.» (énfasis agregado).

³⁰ Rodríguez Facal, B. (2019). Los estándares de prueba. Una primera aproximación. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 2/2018, p. 979, Montevideo: FCU.

El problema se hace patente, pues, en el campo de la interpretación y/o la integración del Derecho procesal, siendo necesario que otros retomem el punto, en el plano de la Teoría general.

Sin embargo, más allá de que se pueda extraer el estándar de las reglas sobre la verdad, no se contesta la pregunta de por qué decir, por ejemplo, que en la decisión final de un proceso civil se deba emplear un estándar exigente, del tipo de la certeza o la alta probabilidad, y por qué no exigir un estándar menos exigente³¹.

Vale advertir que aquí cambio ligeramente mi posición original, según la cual entendía que el estándar supletorio, a falta de estándar dispuesto expresamente, debía ser la certeza. Hoy no tengo claro que ello sea de ese modo, quedando abiertas distintas posibilidades. En su momento sostuve que la opción por la probabilidad requeriría disminuir el estándar de prueba a través de una norma legal de tipo sustancial o procesal, o bien dejar que sea el juez -a partir de una norma habilitante- quien en cada caso concreto decida qué estándar de prueba se debe aplicar³². En cambio, ahora considero que también la decisión jurisdiccional basada en un estándar de certeza o similar, requiere de una norma que lo predetermine y lo fije como el estándar probatorio aplicable. De lo contrario, siempre quedaría la duda de cuál es el estándar más exigente aplicable en la oportunidad de la decisión final. Lo mismo, según se verá, la falta de predeterminación del estándar dejaría abierta la puerta a que la determinación del estándar sea estrictamente jurisdiccional y para el caso concreto.

Un argumento a favor de la mayor exigencia del estándar resulta de los diferentes tipos de decisiones jurisdiccionales que se pueden adoptar en un caso. Por ejemplo, no es lo mismo decidir acerca de una medida cautelar, que decidir acerca de la pretensión principal al final del proceso jurisdiccional (esto último aplica tanto para el proceso civil como para el penal). Diferentes decisiones, diferentes objetos, diferentes momentos del proceso marcan la existencia de estándares diferentes. Ahora bien, tampoco de este modo se justifica que el estándar de la decisión final sea “X”, ya que nada dice que “X” sea el estándar más exigente o que no se pueda utilizar un estándar entre “X” y “Y”, siendo “Y” el estándar exigido para las decisiones en materia cautelar.

³¹ Rodríguez Facal, B. *Op. Cit.*, pp. 979-980; Soba Bracesco. *Op. Cit.*, pp. 95-99.

³² Soba Bracesco. *Op. Cit.*, p. 146.

Podría decirse que el estándar más funcional a la averiguación de la verdad no es ya la certeza, una alta probabilidad o una prueba clara, fuerte y convincente, sino uno menos exigente, como el de la preponderancia³³:

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 [el de la preponderancia] 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.

El problema sigue siendo qué es lo que justifica la individualización y utilización de un estándar “X” como estándar supletorio, implícito o residual. Vale aclarar que no hay nada que justifique que el estándar probatorio supletorio sea un estándar indeterminado normativamente. La nota de supletoriedad no inhibe la explicitación normativa.

Además, se podría criticar dicha posición sosteniéndose que un estándar supletorio que se reputa mínimo requeriría siempre -y con mayor razón, en los menos exigentes- de una consagración normativa expresa.

La adopción de estándares menos exigentes también debe emerger de decisiones políticas, recogidas en disposiciones. No se habilita, salvo disposición legal que así lo exprese, que tenga lugar lo que Walter³⁴ diera en llamar reducción del módulo de prueba.

Un estándar probatorio más exigente o riguroso, minimiza, como bien afirma Gascón Abellán³⁵, la posibilidad de un tipo de error que es, básicamente, aceptar la pretensión cuando no correspondía: falso positivo. Por ejemplo, en los procesos civiles de corte indemnizatorio, el riesgo del enriquecimiento injusto o indebido del actor o demandante es mayor con un estándar probatorio menos exigente. Sin embargo, no prioriza el error catalogado como falso negativo, es decir, evitar que no se tenga como verdadero o probado algo que sí es verdadero. Por ejemplo, en una reclamación indemnizatoria derivada de una situación de acoso laboral, que no se haga lugar al pedido de indemnización, por no tener

³³ Accatino, D. (2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, p. 488. Valparaíso. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000200012

³⁴ Walter, G. (1985). *Libre apreciación de la prueba*, Bogotá: Temis, p. 259.

³⁵ Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho* (tercera edición). Madrid: Marcial Pons, p. 130.

por probada la situación de hostigamiento o violencia en el trabajo que se alega por el reclamante.

Decir que el estándar probatorio supletorio debería ser el más exigente o el menos exigente, nuevamente, debería ser objeto de definición normativa expresa, en la cual se traduzca lo que es la *policy* concreta que se busca implementar³⁶.

Esto se debe exigir en función de la seguridad jurídica, ya que sólo con la predeterminación del estándar se vería satisfecha la necesidad de predictibilidad en el actuar de la administración de justicia. En el caso español, a modo ilustrativo, se debería atender a la referencia expresa que se hace a la seguridad jurídica en el art. 9 ordinal tercero de su Constitución; en el caso uruguayo, también a vía de ejemplo, a la referencia a la protección en el goce de la seguridad que se encuentra en el art. 7 de su Constitución. No exige la seguridad jurídica que el estándar sea “X” o sea “Y”, pues como se ha dicho, desde el punto de vista macro, se trata de distribuir riesgos de error (sea de falsos positivos, sea de falsos negativos).

ii) La otra posibilidad, ante la ausencia del estándar predeterminado, sería conformarse con que el juez, basado en esa indeterminación normativa, pueda adoptar cualquier estándar para formar su convencimiento, cualquiera fuera el tipo de objeto o conflicto que se sometiera a su consideración.

La ausencia de determinación expresa del estándar probatorio puede derivar, en la práctica, en la utilización de estándares menos exigentes -aunque siempre más exigentes que los utilizados para las decisiones interlocutorias, por ejemplo, de tipo cautelar- por parte de los jueces.

Como bien ha sido dicho por Mallandrich Miret³⁷, resulta obvio que el estándar requerido para adoptar la decisión final debe ser mayor que el llamado a operar cuando se desea adoptar una medida de tipo cautelar durante el proceso.

Para mencionar, tan solo, algunos casos de la jurisprudencia uruguayo. El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º, en sentencia nº 62/2016, en un caso vinculado a accidente de tránsito, sostuvo que era racional escoger la hipótesis que es confirmada en un

³⁶ Gascón Abellán, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, p. 131, Alicante: Biblioteca Cervantes Virtual. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc12692>

³⁷ Mallandrich Miret, N. (2018). España. En Bujosa Vadell, L. M. (Director), Bueno de Mata, L. (Coordinador). *La prueba en el proceso. Perspectivas nacionales*, pp. 310-311. Valencia: Tirant lo Blanch.

grado mayor que la hipótesis contraria y que se debe proceder a la elección de la hipótesis sostenida con un grado de confirmación relativamente superior a aquel de cualquier otra hipótesis (más probable que no). Al mismo tiempo, mencionaba el Tribunal la necesidad de certeza. En otro pronunciamiento, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno, en sentencia n° 9/2013, refirió a insalvables obstáculos epistemológicos que hacen que la certeza no pueda ser absoluta, y al mayor grado de aproximación a la verdad, explicando que la elección racional debe recaer en la hipótesis que haya obtenido el grado de confirmación relativamente más alto (se trataba de un caso de daños causados por un corte de energía). Posteriormente, ese mismo Tribunal, con otra integración, en sentencia n° 109/2018, expresó estar a favor del estándar del más probable que improbable, en un caso referido a la acreditación del nexo causal entre la medicación que fue suministrada a un paciente y una enfermedad. Esa fue la posición de la Suprema Corte de Justicia en otros pronunciamientos, como la sentencia n° 89/2015, en donde propugnó por la flexibilización o alivio probatorio en casos de responsabilidad médica, en base al criterio más probable que improbable (*more likely than not*).

Esta posición podría acarrear problemas a nivel de la seguridad jurídica (a los que se ha aludido, y que se pretenden evitar), pues en cada proceso, y sin conocerse de antemano por parte de los litigantes, los jueces seleccionarían el estándar probatorio. Eventualmente, esto dificultaría el control intraprocesal que pueden llegar a ejercer los litigantes en el proceso.

V) Las reglas de la carga de la prueba como un salvavidas normativo para la determinación del estándar

Aunque no suceda en todos los casos, según se dirá a continuación, las reglas de la carga de la prueba pueden llegar a ser la solución al problema que se viene planteando.

No ofrecerán un insumo útil si el juez puede dictar su sentencia aplicando cualquier estándar de los disponibles y decide utilizar un estándar subjetivo (el cual se podrá o no exteriorizar a través de la motivación de la sentencia, derivando en otro problema en el que aquí no se ingresa). Sólo si voluntariamente el juez decide acudir a un estándar

intersubjetivamente controlable podría tener sentido aplicar las reglas de la carga de la prueba.

Si se rechaza la posibilidad de que existan fallos *non liquet*, las reglas de la carga de la prueba aplican -tradicionalmente, como reglas de juicio- cuando luego de la valoración de la prueba, no se logra arribar al estándar de prueba aplicable al caso concreto. Gascón Abellán³⁸, señala que operan como reglas para evitar el *non liquet*, ofreciendo al juez “*el criterio normativo para decidir cuando él mismo no alcance convicción sobre los hechos alegados por las partes*”.

Pero, nuevamente, la pregunta sería: cuál es ese estándar.

No resulta totalmente ajustado señalar que las reglas de la carga de la prueba se aplican para evitar el *non liquet* en caso de duda, sino que se deben aplicar en caso de insuficiencia del estándar de prueba³⁹.

Entiéndase bien, procurando evitar la falsa oposición, esa insuficiencia del estándar se podría dar, a mi criterio, en caso de duda o en caso que alguno de los enunciados fácticos sea respaldado por algún tipo de prueba, siendo esa prueba insuficiente para la adopción de la decisión o sentencia definitiva, según el estándar.

O sea, no se llega al estándar de suficiencia o al umbral mínimo (que se reitera, debería poder conocerse) y por tanto el juez debe decir qué hacer. Podrá existir prueba, pero ella es insuficiente para satisfacer el estándar. El determinar si se cumple o no con el estándar de prueba es lo que habilita a recurrir, en su caso, a las reglas de la carga de la prueba, para así determinar cómo se distribuye el riesgo o quien debe asumir el riesgo por no ofrecer o producir pruebas. El punto ha sido ilustrado por Prütting⁴⁰, al referir sucintamente a la carga de la prueba como teoría que distribuye riesgos, y que -consecuentemente- garantiza la seguridad jurídica.

Si se diera el caso que en las reglas de la carga de la prueba se indicara el estándar que hay que cumplir, todo sería mucho más sencillo desde el punto de vista del diseño institucional del proceso jurisdiccional, y las reglas de la carga de la prueba ofrecerían, a

³⁸ Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho* (tercera edición). Madrid: Marcial Pons, p. 166.

³⁹ En similar sentido, Ferrer Beltrán, J. (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea, pp. 412-419. En Papayannis, D. M., Pereira Fredes, E. (Ed.). Madrid: Marcial Pons.

⁴⁰ Prütting, H. (2010). Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio. *Revista lus et Praxis*, 16(1), p. 459. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000100015>

modo de salvavidas normativo, una explicación acerca de cuál es el estándar de prueba que habilita la decisión jurisdiccional. En esa hipótesis, el estándar estaría determinado en las reglas sobre carga de la prueba, pero estaría determinado al fin.

Sería ese el supuesto del art. 217.2 de la LEC 1/2000 en donde expresamente se indica que: «Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición».

Sin embargo, puede que esas reglas tampoco aporten la respuesta. Nótese, en ese sentido, la diferencia con lo dispuesto, por ejemplo, en el art. 139.1 del Código General del Proceso uruguayo (art. 129, primera parte, del CPCMI, inspirados en el art. 133 del Proyecto de Código de Procedimiento Civil de Eduardo J. Couture, publicado en el año 1945): “*Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión*”.

VI) La relevancia del control respecto del estándar probatorio

El apartamiento del estándar probatorio es susceptible de control, por ejemplo, a través de los medios de impugnación.

La utilización de estándares, más o menos exigentes, pero normativamente predeterminados, da seguridad jurídica (permite a los operadores del derecho, y en general a las personas, determinar su conducta de cierto modo) y es parte del proceso de formación de la decisión misma, y por ello permite el desenvolvimiento del poder-deber jurisdiccional y el consecuente control.

No puede un juez adoptar una decisión que afecte los derechos de las personas, o que altere sus patrimonios, condicione sus libertades, o imponga determinadas conductas, sino es en base al estándar de prueba que le ha sido dado institucionalmente con carácter predeterminado. Se puede apreciar aquí el redimensionamiento de las categorías de

quaestio facti y *quaestio iuris*⁴¹. Considero que se trata de un aspecto vinculado a la *quaestio juris*, en tanto se estaría argumentando respecto de una elección normativa inadecuada, lo que es posible de ser controlado, por ejemplo, en el caso uruguayo, mediante apelación y, eventualmente, casación.

En cambio, si el estándar no estuviese predeterminado, y se argumentara que los jueces pueden elegir cualquier estándar del menú que se disponga en un determinado momento, sólo se podría atacar una decisión en base a una errónea aplicación del estándar elegido (si es que eso resulta posible), pero no se podría expresar agravios por una elección normativa equivocada de un estándar inadecuado para una decisión (por ejemplo, por la elección del estándar menos exigente entre los disponibles en el menú de estándares probatorios). En esos casos, el libre juego de los jueces impediría el control *a posteriori* del pronunciamiento.

Por ejemplo, en Uruguay, la jurisprudencia en materia civil ha acudido, como se ha visto, en algunos casos, al estándar de la probabilidad preponderante, mientras que en otros ha referido a la certeza razonable. Algo similar se podría decir que sucede en otros ordenamientos, como el japonés, en donde la jurisprudencia (por la vía de los hechos) y la doctrina ha flexibilizado el estándar de la alta probabilidad que se aplica como regla⁴².

Ahora bien, si se entendiera que la probabilidad preponderante o prevaleciente no tiene respaldo normativo, esa elección jurisdiccional podría ser reprochada, a través de los mecanismos de control.

En definitiva, la elección expresa y la (pre)determinación normativa -lo más simple que sea posible- del estándar probatorio que se exige en cada caso, es una garantía procesal, en tanto favorece el control jurisdiccional y contribuye a una tutela jurisdiccional más transparente y de calidad.

VII) Reflexiones finales

⁴¹ González Lagier, D. (2013). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México D.F.: Fontamara, p. 34-36.

⁴² Tamura, Y. (2018). Japón. En Bujosa Vadell, L. M. (Director), Bueno de Mata, L. (Coordinador). *La prueba en el proceso. Perspectivas nacionales* (p. 342). Valencia: Tirant lo Blanch.

En el proceso penal, la determinación del estándar de prueba no ha sido un problema en cuanto a su individualización, pero sí se han generado problemas en su aplicación. En el caso del *civil law*, la exigencia de determinación del estándar probatorio penal se deriva de diversas reglas -de origen internacional o convencional, constitucional y legal- que, en función del principio, estado o presunción de inocencia (pero también de otras reglas que han sido frecuentemente mejor explicitadas que en el proceso civil), sólo habilitan la sentencia condenatoria en base a la llamada certeza positiva, la prueba plena o más allá de la duda razonable.

En el proceso civil, no siempre se encuentra regulado el estándar de prueba; es más, se ha dicho que esa regulación es casi inexistente⁴³, ocasionando graves problemas. Las legislaciones procesales no han consagrado expresamente estándares de prueba (véase, los casos de Argentina, Brasil, Colombia y Uruguay que han sido mencionados *supra*), haciendo su trazabilidad bastante más compleja que en la materia procesal penal.

Se ha propuesto que la consagración normativa del estándar sea siempre expresa y formulada de modo simple (cuestión adicional es que también se debería evitar su vaguedad), tratando de sortear, en la medida de lo posible, algunos equívocos en su individualización. En ese sentido, se postula la necesidad de recoger expresamente el estándar probatorio como una más de las reglas del Derecho probatorio, y no dejar librada su individualización al arbitrio del decisor.

En ese escenario, cabe plantearse qué sucede en caso de ausencia de un estándar de prueba predeterminado expresamente (deber ser, que idealmente se pretende), no siendo posible, al menos por el momento, encontrar una única respuesta. El problema que se ha identificado forma parte de las dificultades que deben manejar los operadores del derecho cotidianamente en los procesos en los que intervienen.

Si se entendiera pertinente, otros retomarán estas reflexiones, y podremos, así, entre varios, ensamblar ideas, forjadas por el debate descriptivo, constructivo y proyectivo en la ciencia jurídica⁴⁴.

BIBLIOGRAFÍA

⁴³ Ferrer Beltrán, J. (2013). La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. En Vázquez, C. (Ed.). Estándares de prueba y prueba científica (pp. 21-39). Madrid: Marcial Pons.

⁴⁴ Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (cuarta edición). Madrid: Trotta, p. 20.

- Accatino, D. (2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, 483-511. Valparaíso. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000200012
- Anderson, T., Schum, D., Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ávila, H. (2012). *Teoría de la seguridad jurídica*. Marcial Pons: Madrid.
- Barrios De Ángelis, D. (2005). *Teoría del Proceso*, Montevideo: BdeF, Montevideo.
- Bustamante Rúa & Palomo Vélez (2018). La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable en el proceso penal. *Revista Ius et Praxis*, 24(3), 651-692. <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1202>
- Caumont, A. (2005). Análisis jurídico de la historia clínica y del peritaje sobre nexo causal. *Revista Crítica de Derecho Privado*, 2, 217-236. Montevideo: Carlos Álvarez Editor.
- Damaska, M (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Santiago: Editorial Chile.
- De Paula Ramos, V. (2019). *La prueba testifical*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (cuarta edición). Madrid: Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2020). Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la CIDH. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 2020(1), 359-382. DOI: http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22381
- (2019). La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. En Nieva Fenoll, J., Ferrer Beltrán, J., Giannini, L. *Contra la carga de la prueba* (pp. 53-87). Madrid: Marcial Pons.
- (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea (pp. 401-430). En Papayannis, D. M., Pereira Fredes, E. (Ed.). Madrid: Marcial Pons.

- (2013). La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. En Vázquez, C. (Ed.). *Estándares de prueba y prueba científica* (pp. 21-39). Madrid: Marcial Pons.
- (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (segunda edición). Madrid: Marcial Pons.
- Flaga-Gieruszyńska, K. & Klich, A. (2018). Polonia. En Bujosa Vadell, L. M. (Director), Bueno de Mata, L. (Coordinador). *La prueba en el proceso. Perspectivas nacionales* (pp. 251-284). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho* (tercera edición). Madrid: Marcial Pons.
- (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 127-139, Alicante: Biblioteca Cervantes Virtual. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc12692>
- González Lagier, D. (2013). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México D.F.: Fontamara.
- Larroucau Torres, J. (2012). Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), 783-808. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4244529>
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.
- (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 95-113, Alicante: Biblioteca Cervantes Virtual. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc8k7r6>
- Luna Yerga, Á. (2005). Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria. *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 02/2005, Barcelona. http://www.indret.com/pdf/288_es.pdf
- Mallandrich Miret, N. (2018). España. En Bujosa Vadell, L. M. (Director), Bueno de Mata, L. (Coordinador). *La prueba en el proceso. Perspectivas nacionales* (pp. 305-326). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieva Fenoll, J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Picó i Junoy, J. (2018). A vueltas con los pactos procesales probatorios. En Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal / International Association of Procedural Law. *La prueba en el proceso* (pp. 667-675). Barcelona: Atelier.

- Prütting, H. (2010). Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio. *Revista lus et Praxis*, 16(1), 453-464. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000100015>
- Rodríguez Facal, B. (2019). Los estándares de prueba. Una primera aproximación. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 2/2018, 965-983, Montevideo: FCU.
- Ruiz Jaramillo, L. B. (2017). El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el Código General del Proceso colombiano (tesis inédita de doctorado). Universitat Rovira i Virgili, Tarragona (<http://repositori.urv.cat/fourrepopublic/search/item/TDX%3A2745>).
- Soba Bracesco, I. M. (2019). *Declaración a favor de la simplicidad procesal*. Recuperado del Blog de Derecho Procesal: <http://ignaciosoba-derechoprocesal.blogspot.com/2019/05/declaracion-favor-de-la-simplicidad.html>
- (2016), *Relación de causalidad y prueba pericial*, Montevideo: La Ley Uruguay.
- Tamura, Y. (2018). Japón. En Bujosa Vadell, L. M. (Director), Bueno de Mata, L. (Coordinador). *La prueba en el proceso. Perspectivas nacionales* (pp. 339-348). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid: Marcial Pons.
- (2008a) *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*. Bogotá: Temis.
- (2008b). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- (2005). Tres observaciones sobre ‘Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’ de Larry Laudan. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 115-126. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc4t714>
- Vázquez, C. (Ed.). (2013). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons.
- Walter, G. (1985). *Libre apreciación de la prueba*, Bogotá: Temis.
- Waye, V (2018). Australia. En Bujosa Vadell, L. M. (Director), Bueno de Mata, L. (Coordinador). *La prueba en el proceso. Perspectivas nacionales* (pp. 367-401). Valencia: Tirant lo Blanch.

Índice de Jurisprudencia

Organización Mundial del Comercio

Estados Unidos — Medidas que afectan a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India (Informe del Órgano de Apelación, 25 de abril de 1997).
https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds33_s.htm

Uruguay

Suprema Corte de Justicia, sentencia n° 89/2015, de 20 de abril de 2015.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, sentencia n° 62/2016, de 13 de abril de 2016.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno, sentencia n° 109/2018, de 27 de junio de 2018.

- sentencia n° 9/2013, de 20 de febrero de 2013.

Legislación consultada

Argentina. Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (agosto de 2019). En Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
<<https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2019/07/Anteproyecto-C%C3%B3digo-Procesal-Civil-y-Comercial-de-la-Naci%C3%B3n-revisado-%C3%A1reas-t%C3%A9cnicas.pdf>> (consultado el 08/09/2019).

Australia. Uniform Evidence Act (fecha de compilación enero 2018).
<https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00015>

Brasil. Código del Proceso Civil (CPC). Ley N° 13.105 (16 de marzo de 2015).
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

Colombia. Código General del Proceso (CGP). Ley N° 1564 (julio de 2012).
<https://secretariageneral.gov.co/transparencia/marco-legal/normatividad/ley-1564-2012>

- Código de Procedimiento Penal de Colombia (Ley N° 906 de 2004 y modificativas).
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- España. Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000 (7 de enero de 2000) y modificativas.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>
- Uruguay. Constitución de la República (de 1967, con reformas de los años 1989, 1994, 1997 y 2004). <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967>
- Código del Proceso Penal (CPP). Ley N° 19.293 (19 de diciembre de 2014) y modificativas. <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014>
- Código General del Proceso (CGP). Ley N° 15.982 (18 de octubre de 1988) y modificativas. <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988>
- Ley de regulación del estatuto del funcionario público de la administración central. Ley N° 19.121 (20 de agosto de 2013). <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19121-2013>
- Ley N° 18.610 (2 de octubre de 2009). Ley de política nacional de aguas. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18610-2009>
- Ley N° 18.572 (13 de septiembre de 2009) y modificativa. Ley de procesos laborales. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18572-2009->
- Ley N° 17.283 (de 28 de noviembre de 2000). Ley de protección del medio ambiente. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17283-2000>
- Ley N° 17.250 (11 de agosto de 2000) y modificativas. Ley de defensa del consumidor. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17250-2000>

- Decreto Ley N° 15.524 (9 de enero de 1984) y modificativas. Ley orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. <https://www.impo.com.uy/bases/decretos-ley/15524-1984>

- Reino Unido. Civil Procedure Rules (actualización a febrero de 2020). <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>