

XIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA

23 y 24 de octubre de 2014

AZUL – ARGENTINA

LA PRUEBA JUDICIAL EN UN PROCESO REPUBLICANO

APORTES DESDE EL GARANTISMO PROCESAL

LA NOCIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA ACTUALIDAD DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO PROCESAL IBEROAMERICANO.

Mg. MARIO CESAR BARUCCA¹

La Noción de los estándares de prueba

Actualidad de la cuestión en el derecho procesal iberoamericano

¹ Abogado. Magister en Derecho Procesal por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Abogado especialista en Derecho Comercial – Área Derecho Bancario por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Candidato a Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Profesor Estable de la Carrera de Especialización en Sindicatura Concursal de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Litoral. Docente Estable de la Maestría en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Procesal I° en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Profesor Adjunto a cargo de Cátedra de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica de Santa Fe. Juez de Primera Instancia de Circuito N° 1 – Santa Fe. Ponente en varios congresos nacionales e internacionales

1. Introducción:

El tema traído a consideración de los lectores y asistentes a este magno evento científico, es una cuestión que puede sindicarse como nueva, al menos en lo que refiere a la problemática procesal, y en especial la civil, en Argentina y en toda Iberoamérica.

Es por ello que intentaremos, en esta primera oportunidad, hacer una presentación del mismo, introducirnos a su conocimiento para generar el tan ansiado debate que todos los que profesamos nuestro amor a esta materia nos estamos debiendo sin importar en que postura filosófica o doctrinaria nos situemos.

La ponencia no busca ni pretende originalidad, pero debemos considerar que su estudio más profundo bien podría encararse como hipótesis o tema de trabajo para una tesis de maestría o porqué no doctoral. De hecho se intentará hacer un repaso de todas sus aristas sin adentrarnos intensamente en todas las cuestiones.

Lo cierto es que hasta este punto, y sobre todo aquellos que hemos conocido, estudiado o redescubierto el Derecho Procesal Garantista, ó científico como nos gusta llamarlo², y siguiendo lógicamente las enseñanzas de Adolfo Alvarado Velloso, lo hemos hecho observando el comportamiento de las partes ante un tribunal. El Juez ante el Proceso. Se ha hecho foco resaltando los derechos de aquellas, criticando las violaciones que los mismos han sufrido por parte de los tribunales; las conductas desplegadas por los jueces conforme la posición que tomen ante el litigio y las normas que rigen este método de debate.

En esta oportunidad, sin dejar de observar estos tópicos, que por cierto siempre deben estar presentes, nos concentraremos en la última etapa de esta serie. Analizaremos la conducta del Juez en el anteúltimo paso antes de emitir su decisión.

² Barucca, Mario César “El poder cautelar genérico desde la Perspectiva del Derecho Procesal Garantista” Tesis de maestría – Rosario , Septiembre de 2009 – www.academiaderecho.com

Por eso, antes de adentrarnos en el estudio de nuestro tema convocante, debemos partir de la base de que, todos nosotros consideramos al Proceso como una “serie lógica y consecucional de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad (juez o árbitro)³ , conexión que se realizará por el ejercicio de la jurisdicción que todo juez hará al momento de procesar el litigio.

Esa serie lógica y consecucional necesariamente por sus características que no viene al caso ahondar en su exposición en este momento, deberá constar imprescindiblemente de cuatro fases (ni más ni menos) en el siguiente orden: afirmación, negación, confirmación, evaluación o alegación⁴, pero siempre estudiando la actividad de las partes ante el tribunal.

Ahora cambiamos el objeto de estudio y entraremos a analizar que es lo que hace el juez una vez que han concluido todas las fases. Cuando comienza él a realizar la labor de devolución. Hasta este momento el juez ha sido receptor de las instancias de las partes y ahora él será el emisor de su decisión.

Ha llegado al momento de emitir su sentencia, el objeto del proceso.

La mayoría de las obras de estudio al analizar esta etapa hacen hincapié en la decisión judicial como estadio máximo. Las obras de Lorenzetti con su Teoría de la Decisión Judicial⁵, o de Jorge Douglas Price⁶ centran todo su análisis a ese excelso momento en que el juzgador habrá de decidir si tiene razón el actor o el demandado.

Sin embargo, para llegar a ese “momento sublime de decisión”, que por cierto el juez lo toma en soledad, el magistrado deberá haber analizado la afirmación y la resistencia de las partes y por sobre todas las cosas los medios de confirmación que habrán allegado a la causa. En esta oportunidad estudiaremos a

³ Alvarado Velloso, Adolfo “Introducción al Estudio del Derecho Procesal” Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1989 pág.234

⁴ Ibidem pág.235

⁵ Lorenzetti Ricardo, “Teoría de la decisión judicial, Fundamentos de Derecho” Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2008

⁶ Douglas Price, Jorge Eduardo “La decisión judicial” Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2012

través de esta ponencia las actividades que realiza el juzgador al momento de evaluar los resultados que esos medios de confirmación propuestos por las partes, centrándonos en la valoración de las pruebas producidas.

Una figura que puede estar o no presente en esa valoración serán los estándares de prueba, es decir, una parte de esa valoración

Por ello, comenzaremos nuestro trabajo, y más allá de esta primera presentación, deberemos analizar qué postura tomaremos para estudiar este tema de los estándares de prueba, si existen o no en la materia procesal civil, sobre todo iberoamericana, ó si los mismos son innecesarios ante la presencia de los sistemas de valoración de los medios confirmatorios que tanto hemos estudiado en el grado y en el posgrado.

A su estudio los invitamos.

2. Prueba o confirmación:

El término prueba, como tantos otros que existen en nuestra materia, es multívoco y origina no pocos problemas al respecto en el momento de su estudio, los que repercutirán en la postura que traemos a consideración.

En efecto, “una rápida visión panorámica por la doctrina autoral, nos muestra que hay quienes le asignan a la palabra prueba un exacto significado científico (aseveración incontestable y por tanto no opinable), en tanto que muchos otros - ingresando ya en el campo del puro subjetivismo y, por ende, de la opinabilidad - hablan de: acreditación (semánticamente es hacer digno de crédito alguna cosa), y de verificación (es comprobar la verdad de algo), y de comprobación (es revisar la verdad o exactitud de un hecho), y de búsqueda de la verdad real, de certeza (conocimiento seguro y claro de una cosa) y de convicción (resultado de precisar a uno, con razones eficaces, a que mude de dictamen o abandone el que sostenía por convencimiento logrado a bases de tales razones; en

otras palabras, aceptar una cosa de manera tal que , racionalmente, no pueda ser negada), etcétera”⁷

Ahora bien, si nosotros coincidimos sosteniendo, como lo hemos hecho, que el proceso es una secuencia lógica, lógico es que a una fase de afirmación le siga una de negación y por ende, si cada una de las partes no confirma su afirmación, el juzgador deberá estar a las opiniones de ambas. Pero también es cierto que en el proceso no hay empate, sobre todo a la luz de lo que legisla el artículo 15 del Código Civil, por lo que, para que se tome una decisión correcta – todavía no hablamos de justicia, injusticia, verdad o mentira – forzosamente los contendientes deberán pasar por la fase siguiente: la de confirmación. Es por eso que ante esta enorme diferencia conceptual existente entre los “medios de prueba” (producto de la multivocidad y equivocidad con que se usa el término como fuente, tema, medio o definición de la misma) hace que la más moderna doctrina se abstenga de utilizar dicha palabra prueba y prefiera el uso del vocablo confirmación (significa reafirmar una probabilidad); en rigor, una afirmación negada se confirma con diversos medios que pueden generar convicción (no certeza o crédito) a un juzgador en tanto que no la generan en otro. ⁸

Hay que hacer notar entonces, con sólo observar el problema que se plantea con el nombre, que ello repercutirá en la postura que tomemos filosóficamente. Por ello, existen determinados conceptos que debemos resaltar para así llegar a nuestro objeto de estudio.

Esos puntos necesarios de estudio son el fin o la función de la prueba, el concepto de carga, la valoración, la apreciación, para llegar por último a los estándares de prueba y la realidad procesal iberoamericana.

3. Fin o función de la prueba:

⁷ Alvarado Velloso, Adolfo “La prueba Judicial” colección Temas procesales conflictivos T° 2, Juris, Rosario 2008 págs. 11/12

⁸ Ibidem, pág. 18 (la aclaración entre paréntesis nos pertenece).

Es en este punto, donde se comprenderá cabalmente cual es la posición del Juez y que utilidad tendrá, o no, el uso de estándares de prueba. Sin pretender plantear cuestiones metafísicas (la verdad a la que se llega por la inteligencia), físicas (la verdad que proporcionan los sentidos) o históricas (la verdad que nos narran otras personas) puede afirmarse que hoy se enfrentan dos concepciones en torno a la que debe ser la función de la prueba en el proceso, en todos los procesos, pero nos importa ahora el civil.⁹

Para nosotros, sencillamente y sin lugar a dudas el objeto del proceso es la solución de conflictos - no la búsqueda de la verdad-, a través de la sentencia que será el fin de la serie que comenzó con la interposición de la demanda. Concretamente el proceso tiene por objeto la sentencia que “resolverá” el litigio.

Contra esta línea de pensamiento, que resume humildemente el punto de partida del garantismo procesal para fundar su postura, emerge con toda su impronta lo que se conoce como el activismo judicial. Sin lugar a dudas Michelle Taruffo es uno de los filósofos de cabecera, sino el más importante, del cual todos los seguidores de esta orientación abrevan para nutrirse y continuar, a nuestro juicio, con su erróneo punto de vista.

El citado autor considera que el fin o la función principal de la prueba es ofrecer al juzgador información fiable acerca de la verdad de los hechos en litigio¹⁰. El Juzgador tiene que asumir que las pruebas son el punto de partida de un razonamiento que debe conducirlo a una conclusión que resuelva la incertidumbre sobre los hechos del caso y establezca que hechos se ha demostrado que son verdaderos¹¹. Como se ve, la eterna búsqueda de la verdad, que antes era un concepto afirmado a rajatabla como la verdad real, la que no admite

⁹ Montero Aroca, Juan “La prueba de oficio (Libertad y garantía frente a autorización y publicización en el proceso civil)” Ponencia presentada en el 1er. Congreso Panameño de Derecho Procesal. www.academiaderecho.com 29/08/2014

¹⁰ Taruffo Michelle “La prueba” Colección Filosofía y Derecho. Ed. Marcial Pons Madrid 2008 pág. 130

¹¹ Ibidem pag.130

contradicciones (de allí que en algunas charlas Omar Benabentos criticando esta posición hablara de verdad real como la verdad del rey), pero que ahora ha sido más relajado en su formulación.

Desde este punto de vista, la verdad de los hechos en litigio no es un objetivo en sí mismo ni el propósito final de un proceso civil. Es más bien una condición necesaria (o un objetivo instrumental) de toda decisión justa y legítima y, en consecuencia, de cualquier resolución apropiada y correcta de la controversia entre las partes. Por lo tanto, la verdad no es un objetivo final en sí mismo ni una mera consecuencia colateral o efecto secundario del proceso civil; es sólo una condición necesaria para una decisión apropiada, legítima y justa.¹²

Ello deviene también de su particular postura acerca del objeto del proceso, del cual sostiene que dado que el proceso judicial tiene por objeto hacer justicia y no sólo resolver conflictos, o – rectius – está orientado a resolver conflictos por medio de una solución justa, no podemos hacer a un lado la verdad, como una condición de justicia, en la decisión de los casos.¹³ La función del proceso no es simplemente aquella de resolver controversias entre partes y, por ende, desentendida del accertamiento verdadero de los hechos, sino que es de su esencia la justicia intrínseca del resultado arribado, y ello sólo puede soportarse sobre la correcta reconstrucción de los hechos. En este esquema la prueba no es solamente un aspecto del desarrollo de la dialéctica procesal entre las partes, sino, antes bien, un instrumento de conocimiento racional de los hechos.¹⁴

El problema se ubica, en cambio, en un contexto ideológico mucho menos vago, que atañe a las ideologías sobre la función del proceso civil y la decisión con la que éste concluye¹⁵.

Obviamente que nosotros estamos en la vereda del frente.

¹² Ibidem pag.23

¹³ Ibidem. Pág.23

¹⁴ Berizonce Roberto O. “El principio del contradictorio y su operatividad en la prueba” en “Revista de Derecho Procesal” Prueba – I – Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2005 -1 pág. 134

¹⁵Taruffo Michelle, ob. cit. pág. 173

El garantismo procesal no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental (...), por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces – insisto que comprometidos sólo con la ley - declaren la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos y lograr a la postre el mantenimiento de la paz social¹⁶.

Seguimos, en este punto obviamente, las enseñanzas de Alvarado Velloso o Montero Aroca por ser naves insignias. Por cierto este último autor citado sostiene que la prueba tiende a obtener certeza con relación a las afirmaciones de hechos de las partes, pero esa certeza puede lograrse de los dos modos dichos antes de: 1) “Certeza objetiva”, cuando existe norma legal de valoración, y 2) “Certeza subjetiva”, cuando ha de valorarse la prueba por el juez y conforme a las reglas de la sana crítica. Consciente el legislador de la imposibilidad de obtener la verdad metafísica y la física, reconduce la prueba a la certeza, pero para la obtención de la misma no deja al juez en libertad absoluta. El legislador aspira a que la sentencia sea justa, en el sentido de acomodada a los hechos tal y como ocurrieron en la realidad, y para la obtención de ese fin establece una serie de reglas que la experiencia milenaria de la humanidad le ha ido demostrando adecuadas para lograrlo. El establecimiento de normas relativas al procedimiento o a requisitos, contenido y eficacia de los actos de prueba no son sino medios para mejor lograr la certeza. Lo verdaderamente importante en la prueba no es tanto el resultado que se obtenga como los medios para lograrlo, y de ahí que el legislador entienda que la certeza no puede lograrse a cualquier precio, sino precisamente por los cauces que él dispone. Consecuencia extrema de esta consideración es la no concesión de efectos probatorios a las denominadas pruebas ilícitas (como desarrollaremos en el Capítulo IV), pero también se justifica en esa consideración la atribución de valor legal a algún medio de prueba y la exigencia de que sólo se tomen en cuenta en la sentencia los resultados logrados precisamente por los cauces legales. Aclarados

¹⁶ Alvarado Velloso, “La prueba judicial”, ob. cit. págs.23/24

todos los anteriores elementos podemos definir la prueba como la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos¹⁷. Pedimos perdón por lo extenso de la cita, pero estimamos que la misma resume, obviamente con la sabiduría de un grande como lo es el Maestro Montero Aroca, nuestra postura, y de todos los que entendemos el Proceso con mayúsculas como una garantía.

Pero obviamente que esta posición no es una novedad, sino que la misma ya venía siendo mantenida por los clásicos, o como nos gusta denominarlo a nosotros “próceres del Derecho Procesal”.

Couture, por ejemplo, enseña que la prueba es, en consecuencia, un medio de contralor de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio. La prueba civil no es una averiguación¹⁸

Por último, y si bien como lo citamos más arriba, Taruffo sigue con su prédica persiguiendo la verdad, su verdad como objeto del proceso, lamento desilusionar tan bruscamente alguna expectativa más bien romántica; no se prueba para encontrar la verdad, sino antes bien para lograr un resultado favorable.¹⁹ Es el poder de las historias (conjuntos de afirmaciones) para lograr el objetivo pretendido por sus autores, y no la verdad de las historias en el sentido filosófico, lo que está en juego en el proceso judicial²⁰.

Como se podrá observar la cuestión aquí es que función cumple la verdad, que tipo de verdad se persigue y ello trae como lógica consecuencia cual es

¹⁷ Montero Aroca Juan “ La prueba en el proceso civil” s/d www.academiadederecho.com pags. 36/37 29/08/2014

¹⁸ Couture Eduardo “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” Aniceto Lopez editor. Buenos Aires 1942 pág.100

¹⁹ Sosa, Toribio Enrique “El fin de la prueba” en “Revista de Derecho Procesal” Prueba – I – Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2005 -1 pág. 243

²⁰ Ibidem, pág.251

el fin de la prueba y por ende cuál es el objeto del proceso. La respuesta a estos interrogantes nos demostrará en qué posición filosófica se enrola el intérprete.

4. El concepto de carga de la prueba o de la incumbencia probatoria:

Si bien el tema central de nuestra ponencia discurre por otros carriles, hemos considerado que para que el mismo pueda ser cabalmente entendido, deberíamos hacer una somera exposición acerca del concepto de carga de la prueba.

Obviamente que si partimos, como lo hacemos siempre, de una postura lógica de observación del proceso, de la pura actividad que se desarrolla en el mismo, forzosamente debemos concluir que a ambas partes le incumbe probar. En otros términos, si las dos partes afirmaron – la actora a través de su pretensión y la demandada por su resistencia – a las dos les tocará confirmar sus afirmaciones.

Las reglas de la carga de la prueba constituyen en verdad, directivas para el juzgador, pues no tratan de fijar quien debe asumir la tarea de confirmar sino quien asume el riesgo de que falte al momento de resolver el litigio²¹ y así se podrán observar innumerables teorías que intentan explicar estos aspectos, considerando que la más atinada es aquella que sostiene que incumbe la carga confirmatoria a cada una de las partes respecto de los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable (esta tesis ha sido recibida y es norma expresa en la mayoría de las legislaciones contemporáneas)²². En rigor de verdad, si se comprende sistémicamente su significado y no se la deforma para forzar su

²¹ Alvarado Velloso, Adolfo “ La prueba judicial” ob. cit. pag. 56

²² Es la norma del artículo 377 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación y de la mayoría de las legislaciones que lo siguen. No es el caso del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe que nada dice al respecto, si bien en los dos intentos de reforma que tuvo la mencionada norma legal en los años 2001/2003 y 2006/2007 se proyectó incorporar la norma nacional.

aplicación, la norma que consagra esta teoría es más que suficiente para que todo el mundo sepa a qué atenerse.²³²⁴

A partir de allí, entonces y de la observación de los escritos introductorios al juicio – demanda y contestación – será simple disponer que le incumbirá confirmar quien alega la existencia de un hecho constitutivo, de un hecho extintivo, de un hecho invalidativo o de un hecho impeditivo, no importando al efecto que sea el actor o el demandado quienes lo hayan invocado²⁵. Se trata, simplemente, de facilitar la labor del juez al momento de fallar, otorgándole herramientas que le imposibiliten tanto el pronunciamiento *non liquet* como su propia actuación confirmatoria, involucrándose con ello personalmente en el resultado del juicio²⁶.

El principio básico de distribución de la carga de la prueba según el cual cada parte corre el riesgo de que el juez o tribunal – al decidir la causa – desestime su pretensión o excepción si no resultan confirmadas las circunstancias fácticas que ejemplifican en el caso concreto la condición de aplicación de la norma que les sirve de fundamento, es una consecuencia que se deriva del modo en que se lleva a cabo la aplicación judicial del derecho²⁷

Coincide con este punto de vista Taruffo al afirmar que, la función del principio de la carga de la prueba es permitir al tribunal resolver el caso cuando los hechos principales no han sido probados²⁸, y si bien lo mantiene como un principio cuando para nosotros es una regla, no deja de reconocerlo como un criterio jurídico y nos animaríamos a decir más cercano a nuestra postura. El principio se

²³ *Ibidem* pág. 50

²⁴ La nota aclaratoria nos pertenece

²⁵ Alvarado Velloso, Adolfo “La prueba judicial” *ob. cit.* pág. 51

²⁶ *Ibidem* pág. 57

²⁷ Terrasa, Eduardo “Aplicación judicial del derecho: Estructura de la norma y carga de la prueba” Colección ensayos procesales – Tema: El Juez y la Prueba” Director: Adolfo Alvarado Velloso. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas. Rosario, 2009 pág.3, con cita de Rosenberg, Leo “La carga de la prueba”, traducción de la 3ª edición alemana a cargo de Ernesto Krotoschin, 1956, bs.As. Ed.B. de F. Montevideo – Buenos Aires, 2ª. Edición pág. 27

²⁸ Taruffo, Michelle *ob. cit.* pág. 146

aplica en el momento en que se toma la decisión final, cuando el tribunal determina que algunos hechos carecen de prueba suficientes y tiene que extraer las consecuencias jurídicas pertinentes de esa situación. Una de estas consecuencias es la que los efectos negativos que se derivan de la falta de prueba suficiente de un hecho se cargan sobre la parte que formuló una pretensión basada en ese hecho²⁹.

Habiendo estudiado el fin o la función de la prueba, lo que nos llevó a analizar el objeto del proceso, y quien tiene la carga de confirmar, ha llegado el momento de trasladarnos imaginariamente desde el punto de vista de las partes para empezar a analizar la labor del magistrado en el momento en que comienza a pergeñar su decisión, la valoración de todos los medios de confirmación para tomar su decisión final.

5. La Valoración de la prueba:

Hemos llegado a un momento, donde nuevamente comienza a aflorar en el juez que empieza a elaborar su decisión, la postura filosófica, política e ideológica que mantiene en relación al proceso. El problema es de política procesal y no de simple técnica procedimental, pues se vincula con la mayor o menor confianza que tiene en los jueces quien ejerce el verdadero poder en lugar y tiempo determinado³⁰.

Coincidimos en que la valoración de la prueba tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o la falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio³¹, lógicamente ello apuntado a nuestra postura sobre la función o fin de la prueba y el objeto del proceso.

Es que de persistir en la posición del filósofo italiano es caer en otro punto de vista que por cierto no lo compartimos, ya que no consideramos correcto

²⁹ *Ibidem* pág. 147

³⁰ Alvarado Velloso, Adolfo “ La prueba Judicial” ob. cit. pág. 177

³¹ Taruffo, Michelle, ob. cit. pág. 132

– según nuestro humildísimo punto de vista – que sea verdadero que el Juzgador tenga que asumir que las pruebas son el punto de partida de un razonamiento que debe conducirlo a una conclusión que resuelva la incertidumbre sobre los hechos del caso y establezca que hechos se ha demostrado que son verdaderos³². Decidir sobre los hechos significa resolver esa incertidumbre y determinar, a partir de los medios de prueba presentados, si se ha probado la verdad o la falsedad de los enunciados³³.

Por el contrario, el juzgador, en este momento, ha dejado de recibir todas las instancias y ahora se prepara para emitir su decisión, y esa emisión implicará analizar todos los medios de confirmación ofrecidos y producidos por las partes para de esa manera tomar la decisión correcta – iterum – no desde el punto de vista de la verdad, sino dando la razón a aquella postura que pudo y supo confirmar su afirmación. Debe aclararse que, como lo venimos manteniendo, esta tarea de valoración se desarrolla antes de emitir la sentencia, pero nada impide que esta tarea a cumplir por el juez pueda consistir en una apreciación parcial o total de la prueba rendida en el proceso, diferenciando la oportunidad de su análisis, si el examen recae sobre prueba limitada en la causa, por ejemplo, a los fines de la resolución de un incidente, para diferenciarla de aquella otra que consiste en una apreciación total³⁴

El tema de la valoración de la prueba busca una respuesta para la pregunta: ¿qué eficacia (o qué valor) tienen los diversos medios de prueba establecidos en el derecho positivo? Ya no se trata de saber qué es en sí misma la prueba, ni sobre qué debe recaer, ni por quién o cómo debe ser producida. Se trata de señalar, con la exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir³⁵. Por ello el maestro uruguayo sostiene que la determinación de la eficacia concreta de la

³² *Ibidem*, pág.131

³³ *Ibidem* pag. 131

³⁴ ROJAS, Jorge A. “Valoración de la prueba ¿coexistencia de sistemas?” en “Revista de Derecho Procesal” Prueba – I – Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2005 -I pág. 243

³⁵ Couture, Eduardo ob. cit. pág.133

prueba es, a su vez, tan amplio que reclama un desdoblamiento de las diversas cuestiones que en él van implícitas. Se hace necesario, entonces, abordar cuatro puntos fundamentales: a) determinar si las normas que rigen la valoración de la prueba son de derecho sustancial o de derecho procesal; b) fijar con precisión cuáles son los medios de prueba que pueden ser objeto de apreciación por parte del juez; c) señalar cuál es el efectivo contenido de cada medio de prueba; y d) la antítesis tradicional entre pruebas legales y de libre convicción, antítesis que, en el concepto de las ideas que habrán de desenvolverse aparece superada con el de “reglas de la sana crítica”, recogida en la mayoría de nuestros textos positivos³⁶.

Así vistas las cosas, creemos que el problema supera a la valoración y es abarcativo de otros extremos.

En el inicio de la consideración de lo que sea la valoración de la prueba lo primero que hay que advertir es que existe una noción más general dentro de la que se incardina la valoración misma, siendo preciso para entender lo que sea ésta estar de entrada a esa noción más amplia. Nos estamos refiriendo a la apreciación de la prueba.³⁷

La denominación de apreciación no es nueva. Muchos autores han trabajado en esta línea y al momento de hablar sobre la valoración, extienden este concepto y lo hacen ser abarcado por el de apreciación.

Ya citamos a Couture cuando al hablar de valoración lo encierra dentro del concepto más general de apreciación.

Por su parte, también Acosta en su señera obra “Visión Jurisprudencial de la Prueba Civil”, trata el tema de la valoración bajo el acápite de apreciación de la prueba. Así define a la apreciación de la prueba como la operación intelectual que permite al juez formarse la convicción sobre los hechos debatidos en el juicio. El estado de duda sobre los mismos no depende de la subjetividad del juez sino de

³⁶ Ibídem pags.133/134

³⁷ Montero Aroca, Juan “ La Valoración de la prueba como garantía en el proceso civil” Ponencia presentada al III Congreso Panameño de Derecho Procesal en www.academiadederecho.com 29/08/2014

las constancias del proceso³⁸. Lo más trascendente de esta definición es que el autor estima que la convicción del juez no surge de su subjetividad sino de la forma objetiva lisa y llanamente de las constancias del proceso.

Como lo señala Rojas siguiendo a Falcón, Calamandrei y a Clariá Olmedo, apreciar significa poner precio, es decir, tasar o valorar algo, y en este caso concreto, si aludimos a la prueba, la apreciación (judicial) importará ni más ni menos que un juicio de valor de parte del juez para saber cuánto vale aquella, no sólo por su grado de verosimilitud, sino fundamentalmente por su concordancia o discordancia con los hechos invocados por las partes en el proceso³⁹.

Pero importante es saber que encierra la apreciación de la cual tanto estamos hablando.

En el fenómeno de la apreciación de la prueba están implícitas dos actividades intelectuales que deben ser claramente diferenciadas antes de referirnos al sistema de valoración de la prueba, que es el que nos importa aquí. Esas dos actividades pueden identificarse con las palabras interpretar y valorar⁴⁰. Al conjunto, pues, de la interpretación y de la valoración puede llamarse apreciación de la prueba, la cual consiste en operaciones mentales que ha de realizar el juzgador para, partiendo de las fuentes – medios de prueba, llegar a establecer certeza respecto de las afirmaciones de hechos de las partes, afirmaciones que se refieren al supuesto fáctico de la consecuencia jurídica que piden. Dentro de ese conjunto existen diferencias claras entre interpretación y valoración⁴¹.

De allí entonces que la interpretación es determinar cuál es el resultado que se desprende de cada una de las fuentes – medios, lo que tiene que

³⁸ Acosta Jose V. “Visión jurisprudencial de la prueba civil” TºI Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe 1996 pág.299

³⁹ Rojas Jorge, ob. cit. pág. 227

⁴⁰ Montero Aroca, Juan “La valoración de la prueba.....”ob. cit. pág. 421

⁴¹ *Ibidem*, pág. 422

hacerse ineludiblemente de modo aislado, esto es, con referencia una por una a las fuentes medios⁴²

Asimismo, establecido el resultado de cada fuente-medio, el paso siguiente ha de consistir en determinar el valor concreto que debe atribuirse al mismo en la producción de certeza, lo que comporta una decisión sobre su credibilidad. Se trata ahora de decidir si el testigo merece crédito y puede concluirse que ha dicho la verdad, si el documento es auténtico y representa fielmente los hechos tal y como se produjeron, si el perito es creíble y sus razonamientos están apoyados en la lógica, etc.⁴³

Por el contrario, Taruffo sostiene que la valoración de la prueba consiste en determinar el valor probatorio de cada medio de prueba en relación con un hecho específico, y tiene por objeto establecer cuándo y en qué grado puede ser considerado “verdadero”, sobre la base de las pruebas relevantes, el enunciado que afirma la ocurrencia de ese hecho⁴⁴, con lo que también se asemeja a la postura (aunque esto no creo que sea de la simpatía del autor) de Montero que ya explicitamos, toda vez que en el mismo sentido el italiano afirma que el primer paso para establecer la conexión entre pruebas y hechos consiste en valorar la credibilidad de cada medio de prueba. El Juzgador tiene que determinar si las personas que fueron interrogadas como testigos tienen credibilidad y si una prueba documental, real o demostrativa es auténtica.⁴⁵

Más allá de esta disquisición, que por cierto tiene su importancia supina, Adolfo Alvarado Velloso es concreto al analizar los sistemas de valoración de los medios confirmatorios, si bien no en forma diferenciada como lo hace Montero, pero plenamente aplicable al tema en estudio, siendo interesante el examen del porqué se originaron estos sistemas.

⁴² Cfr. Montero Aroca, Juan “La valoración de la prueba....” Ob.cit. pág.421

⁴³ Ibídem, pag.422

⁴⁴ Taruffo, Michelle, “La prueba....”ob. cit. pág. 139

⁴⁵ Ibídem, pág. 139

Sostiene el maestro rosarino que como todo el tema de la valoración de la prueba es de política procesal, todo se vincula con la confianza que el mandamás de turno tenga con los jueces. Cuando esa confianza es escasa, el legislador se reserva para sí el establecer cuál es el exacto valor confirmatorio que tiene cada medio en particular, para que así y no de otra forma lo evalúe el juez en cada caso concreto; cuando la confianza es grande, la ley delega a los jueces la extrema facultad de apreciar como mejor les parezca cada uno de los medios aceptados y producidos⁴⁶

5.1 Prueba legal:

Durante muchos siglos, en la historia de los sistemas de civil law se usó una técnica peculiar para resolver los problemas relacionados con la valoración de la prueba: el sistema de la llamada “prueba legal”. Este sistema se basaba en la aplicación de reglas – en algunos casos promulgadas por los legisladores, pero en muchos otros estipuladas por juristas teóricos – que establecían a priori y en términos generales el valor probatorio de algunos tipos de medios de prueba – y a veces de todos ellos - . El sistema ya estaba bien formado en el siglo XVIII y se refinó y extendió en los siglos siguientes, en especial por medio de la ciencia jurídica europea de los siglos XVI y XVII⁴⁷.

Couture nos enseña que pruebas legales son aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia de determinado medio probatorio. La legislación española anterior a la codificación ofrece el más variado panorama de pruebas legales. Un rápido repaso de estos textos permite advertir de que manera el legislador aplicaba ciertos principios críticos, dando o quitando valor a los medios de prueba; por acto de autoridad, se aspiraba a señalar de antemano el resultado de los procesos intelectuales del Juez. Este, frente a la prueba, no tenía más reacción intelectual que la que de antemano le había señalado el legislador.⁴⁸

⁴⁶ Alvarado Velloso, Adolfo, “La prueba judicial...”ob. cit. pág. 177

⁴⁷ Taruffo, Michelle “La prueba” ob cit. pag.133

⁴⁸ Couture, Eduardo, ob. cit. pág. 142

Es dable señalar que no estamos en presencia del demonio, sino que por el contrario en algunos aspectos es necesario que sea la ley que le otorgue a cierto y determinado medio confirmatorio el valor probatorio ya que ello brindará previsibilidad al desarrollo de la vida en sociedad. Es indudable que un sistema de valor confirmatorio pleno y preordenado tiene enorme importancia para el buen desenvolvimiento del tráfico jurídico; cuando un vendedor entrega al comprador la cosa vendida y no ha percibido aún su precio, parece obvio - ante la imposibilidad de que ello sea negado en el futuro – que desee poder mostrar eventualmente un documento fehaciente que tenga para un juez un pleno crédito del hecho relativo a la compraventa. De ahí que yo sea un defensor acérrimo del sistema de tasación en todo lo que refiera a los instrumentos...Pero al mismo tiempo, creo que no cabe hacer tasación alguna de los restantes medios de confirmación y, particularmente, de los relativos a declaraciones de testigos.⁴⁹

5.2 La libre convicción.:

El sistema de la prueba legal colapsó por dos razones principales. Una fue la cultura filosófica de la Ilustración, que se deshizo de los viejos conceptos de racionalidad para abrir camino a nuevos métodos de razonamiento. La otra tiene que ver con los profundos cambios institucionales de la estructura del poder judicial y del estatus y de la función del juez. ⁵⁰ No se le tenía confianza al juez, era corrupto, ignorante. El nuevo juez creado después de la Revolución y de las reformas napoleónicas es un funcionario del Estado entregado profesionalmente y un decisor natural y responsable; por lo tanto, ya no es necesario evitar que el juez tenga una amplia discreción en su resolución sobre los hechos.⁵¹

Pero estimamos que el sistema pecó en exceso y de estar totalmente atado a normas rígidas se pasó a la libertad absoluta.

Cuando hablamos de libre convicción, debe entenderse por tal aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso

⁴⁹ Alvarado Velloso, Adolfo, “La prueba judicial...”ob. cit. pág.181

⁵⁰ Taruffo Michelle, ob. cit. pág. 134

⁵¹ Ibídem pág. 135

exhibe al juez, ni en medios de información susceptibles de ser fiscalizados por las partes. Dentro de ese método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aún contra la prueba de autos.⁵²

Y así caemos en el subjetivismo total. Nos encontramos atados al solo y puro convencimiento y opinión del juez. No hay nada objetivo. Cuando eso ocurre, y el juez se halla ante la inminencia de dictar sentencia 1) o nada explicará en ella acerca de las razones que tuvo en cuenta para tomar una decisión y no otra, 2) o tendrá que explicarlas con la mayor prolijidad posible por mandato de la ley, para lograr con ello que quien pierda definitivamente el pleito acepte convencido la justicia de lo resuelto. Y esto origina dos subsistemas que encuadran en el concepto de convicción: el primero, en el cual juez nada explica, se conoce como libre convicción (o, también, de íntimo convencimiento o de convicción moral) y es el que emplean siempre los miembros de un jurado y los arbitradores en el juicio de arbitramento. El segundo, en el cual se explica razonadamente el iter del pensamiento del juez en la tarea de tomar una decisión, se conoce con la denominación de la sana crítica (o de apreciación razonada) y es el que emplean todos los jueces de derecho y los árbitros en juicios arbitrales.⁵³

5.3 La sana crítica

De la misma manera que la prueba legal no tiene verdadera relación con las pruebas ordálica y apriorística, la íntima convicción no está realmente relacionada con la prueba racional, que es la verdadera manifestación actual de la llamada prueba libre. Lo característico de este sistema de valoración de la prueba radica en que, del silogismo en que se resuelve esta operación mental, la premisa mayor, que es una máxima de la experiencia, es determinada por el juez. Esto conduce a una valoración razonada, motivada y responsable.⁵⁴

⁵² Couture Eduardo, ob. cit. pág.146

⁵³ Alvarado Velloso, Adolfo “La prueba judicial...” ob. cit. pág.183

⁵⁴ Taruffo, Michelle, “La valoración...” ob. cit. pág.434

Este concepto de Taruffo, si bien no lo denomina sana crítica, configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, pero poco menos que desconocida en sus orígenes, de regular la actividad intelectual del juez frente a la valoración de la prueba. Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del Juez. Una y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas⁵⁵.

El sintagma de la sana crítica o, mejor aún, su equipolente reglas de la sana crítica, debutó como método de apreciación de testimonios en el artículo 137 de la ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855. Fue tomada del anterior Reglamento de lo contencioso ante el Consejo de Estado Español (art. 147/148)⁵⁶, pero no es nuestra intención hacer toda la historia del sistema. Sí nos interesa señalar que la doctrina no ha sido uniforme en el uso de ese vocablo, llegando a provocarse algunas confusiones, por lo cual el mencionado autor⁵⁷ llegó a sostener que “nadie nos ha podido decir, ni las leyes, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, que es la sana crítica”⁵⁸. De hecho, Adolfo Alvarado advierte al comentar este sistema que crítica es el sustantivo que produce la actividad de criticar, censurar o juzgar en forma desfavorable a personas o actos. Y sana significa buena, con buena salud. Por extensión, sin vicios ni costumbres moral o psicológicamente reprochables.⁵⁹

Evidentemente que se puede estar mucho tiempo analizando este sistema, pero nos ha parecido que lo correcto es diferir la profundidad de su tratamiento al momento de criticar el tema central de nuestra ponencia, lo que nos

⁵⁵ Couture, Eduardo, ob. cit. pág.144

⁵⁶ Alvarado Velloso, Adolfo “La prueba Judicial...” Ob. cit. pág. 184

⁵⁷ Nos referimos a Sentis Melendo

⁵⁸ Rojas Jorge A. ob. cit. pág.234

⁵⁹ Alvarado Velloso, Adolfo “La prueba judicial...” ob. cit. pág.184

permitirá conocer y discutir más a fondo que son los estándares de prueba y si realmente ellos existen, deben existir o son absorbidos, por lo menos en nuestro sistema del civil law por las reglas de la sana crítica.

6. Los estándares de prueba.

Salvo limitadas excepciones todavía presentes en algunos ordenamientos procesales, el sistema de la prueba legal que ha existido por siglos en los ordenamientos de Europa continental se ha desplomado desde hace tiempo, a finales del siglo XVIII, y ha sido sustituido por el principio de la libre convicción del Juez.⁶⁰ Sin perjuicio de no compartir en su totalidad este argumento como luego lo sostendremos siguiendo a Adolfo Alvarado al momento de emitir nuestras conclusiones, lo cierto es que ese rango que plantea el autor italiano es verdadero y también muy amplio. El principio de la libre convicción, en efecto, atribuye al juez el poder de valorar discrecionalmente las pruebas y de determinar su eficacia, pero no prescribe el modo en que el juez debe ejercitar ese poder discrecional⁶¹.

Es por ello que entre la rigidez del sistema de la prueba tasada o legal y la libre convicción, surgió el término medio, la sana crítica. Sin perjuicio de ello, comenzó a formarse la idea de fijar criterios con los cuales el juez pueda considerar probado un hecho, sobre todo en aquellos ordenamientos, predominantemente del comon law, que no concibieron la existencia de las reglas de la sana crítica. Esos criterios recibieron el nombre de estándares de prueba y constituyen en esta instancia nuestro objeto de estudio y tema de ponencia.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra estándar deriva del inglés “standard” reconociendo dos acepciones **1. adj.** Que sirve

⁶⁰Taruffo,Michelle “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial” Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Boletín Mexicano de Derecho comparado, nueva serie, año XXXVIII,num. 14,Setiembre de 2005 pág.1295

⁶¹Taruffo, Michelle “La prueba” ob. Cit. pág. 272

como tipo, modelo, norma, patrón o referencia.y 2. m. Tipo, modelo, patrón, nivel. *Estándar de vida*⁶². Precisamente como el ejemplo del diccionario así lo indica, el aditamento al término – que en la especie es la vida – demuestra que tipo de modelo o tipo estamos persiguiendo.

Podemos afirmar que un estándar está constituido por los lineamientos o directrices generales reconocidos por una comunidad experta en una determinada materia. Su origen se encuentra en las distintas prácticas científicas como las ciencias naturales, las matemáticas, los ensayos de medicina, entre otros. Los estándares han sido comprendidos, con base en su función, como un instrumento conceptual que le indica al investigador cuando está autorizado para considerar algo como probado, esto es, cuando la relación entre la prueba o las premisas justifica la aceptación de una conclusión⁶³

Así, en el ahora denominado derecho probatorio⁶⁴, si al término estándar le sumamos el de prueba, es evidente entonces que lo que estamos buscando es un modelo al cual el juez deberá aspirar para tener por comprobado el hecho motivo de juzgamiento

Los estándares de prueba son los criterios que indican cuando se han conseguido la prueba de un hecho, son los criterios que indican cuando está justificado aceptar como verdadera la hipótesis⁶⁵

⁶²Diccionario de la Real Academia Española 22º Edición publicada en 2001 en www.lema.rae.es 30/08/2014

⁶³Puentes, Orlando Enrique “La doctrina contemporánea sobre la prueba y su aplicación en Colombia” Tesis de Maestría en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Colombia. Bogotá, 2009 pág. 124

⁶⁴Somos reacios a calificar toda esta materia de estudio relativo a la prueba como un nuevo derecho probatorio, ya que consideramos que ello es solamente una parte del gran edificio de la ciencia que constituye el Derecho Procesal.

⁶⁵Bustamante Rúa, Mónica “La garantía de la presunción de inocencia y el estándar de prueba más allá de toda duda razonable” Artículo que forma parte del proyecto de investigación: “Aplicación práctica de la probabilidad en los estándares de prueba de duda razonable (Proceso penal) y probabilidad prevalente (Proceso Civil) del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. S/d. Pág. 7

Pues bien ¿cuándo o cómo se construye un estándar de prueba? Los dos autores colombianos citados son contestes en ello: Se ha señalado que la construcción de un estándar de prueba implica dos cosas: la primera de ellas, decidir qué grado de probabilidad o certeza se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera; la segunda implica formular objetivamente el estándar de prueba, esto es, formular los criterios objetivos que indican cuando se alcanza ese grado de probabilidad⁶⁶.

La respuesta a los anteriores interrogantes deben satisfacer algunas exigencias para que puedan válidamente admitirse. Lo primero es que el estándar sea objetivo, lo que significa que se requiere de un criterio de control, es decir, que una persona distinta al operador judicial pueda realizar un juicio sobre la hipótesis a partir de los rasgos de los datos que la respaldan y del marco conceptual. Un estándar en el que esos rasgos no sean los determinantes se torna subjetivo, y por lo tanto deja de ser un estándar. Los estándares, por ejemplo en matemáticas, significan que un teorema sólo está demostrado cuando se presentan los pasos de la deducción, y éstos carecen de errores, y se llega así a la conclusión de que el teorema es correcto, pero no aceptaríamos como demostración la simple afirmación de un matemático de que está convencido de la verdad de un teorema. Eso es inaceptable, y por ende no vale como prueba. De igual manera, en los saberes no matemáticos el estándar probatorio obliga a una demostración de carácter objetivo, si queremos hablar de un estándar propiamente dicho.⁶⁷

La necesidad jurídica de determinar las cuestiones de hecho naturalmente conduce hacia reglas sobre las cargas y los estándares de prueba. “ La carga de la prueba” incluye principios respecto a qué parte está obligada a producir pruebas (también conocida como “carga de producción” así como principios que establecen qué parte está obligada a demostrar que elementos del caso al grado

⁶⁶Bustamante Rúa, Mónica ob. Cit. pág. 7, de la misma manera y en el mismo sentido, Puentes Orlando ob. Cit. pág. 124

⁶⁷Puentes, Orlando ob. Cit. pág. 125

exigido (también conocida como “carga de persuasión”)⁶⁸ Los estándares de prueba especifican el grado o el nivel de prueba que debe satisfacerse en los diversos tipos de procesos en Estados Unidos, “ más allá de toda duda razonable” en los procesos penales; “preponderancia de la prueba” o “más probable que su negación” en los casos civiles ordinarios y “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 finalmente, se encuentra la “sospecha razonable” o “causa probable” que se exige para un registro; y también el requisito señalado en la regulación sobre la pena de muerte en Texas respecto a que el jurado deberá imponer dicha pena al acusado sólo si se encuentra “más allá de toda duda razonable” que “hay una probabilidad” de que el sujeto será peligroso en el futuro⁶⁹.

Obviamente que no nos referiremos a los estándares aplicables en el proceso penal sin perjuicio de su referencia en nuestras conclusiones, pero lo que sí importa es de su aplicación en el proceso civil. En el proceso civil no existen estándares de prueba como el que rige en el proceso penal, pero esto no significa – como ya se ha mencionado – que el juez sea libre de dejarse llevar por sus intuiciones para establecer si un determinado enunciado fáctico es verdadero o falso⁷⁰

⁶⁸ En términos generales, a las partes en un proceso se les pueden imponer tres tipos de cargas – la carga de alegar, la carga de producción de prueba y la carga de persuasión. Las cargas de alegar especifican las condiciones bajo las cuales las pretensiones fácticas jurídicas serán consideradas para su inclusión en un litigio. Las otras cargas comprenden conjuntamente lo que normalmente se conoce como “estándares de prueba” La carga de persuasión determina el significado de la carga de producción. Allen Ronald J. “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico” en “Estandares de Prueba y Prueba Científica – Ensayos de epistemología jurídica” – Carmen Vazquez directora. Ed. Marcial Pons. Madrid 2013, pág. 43

⁶⁹ Haack Susan “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica” en “Estandares de Prueba y Prueba Científica – Ensayos de epistemología jurídica” – Carmen Vazquez directora. Ed. Marcial Pons. Madrid 2013, págs.68/69

⁷⁰ Taruffo, Michelle “La prueba..” ob. cit. pág.274

Es así que, más allá de la enumeración de los estándares de prueba aplicables en el derecho norteamericano, se ha considerado aplicable, incluso en el derecho continental romano germánico, un criterio que se presenta como una correcta racionalización del principio de la libre convicción. Es el que se puede denominar como “probabilidad prevaleciente”, que se corresponde sustancialmente con la fórmula norteamericana de la “preponderance of evidence”. Antes de explicar en qué consiste este criterio es necesario hacer una advertencia: el término probabilidad no se refiere aquí – como, en cambio sucede a menudo – a la probabilidad como frecuencia estadística o a la probabilidad cuantitativa en general, sino al grado de confirmación lógica que un enunciado obtiene sobre la base de las pruebas que a él se refieren.⁷¹

Siguiendo esta línea de pensamiento, debemos detenernos y advertir que los citados intentan por todos los medios obtener la verdad de los hechos, pero atento a la imposibilidad metafísica y lógica de obtenerla, buscan su aproximación. Esta palabra aproximación es muy importante, porque muestra que el problema de la verdad, concebida como una aproximación a lo que nos podemos imaginar es probabilidad de ocurrencia, de afirmaciones fácticas. ¿Qué es por lo tanto la verdad como probabilidad? Es un determinado nivel de apoyo, según el cual una afirmación de hecho puede ser considerada o imaginada como verdadera...La verdad como probabilidad es un modelo en el que las pruebas o las evidencias presentadas soportan las inferencias por las cuales se puede decir razonablemente que una afirmación de hecho es verdadera.⁷²

Existen varias teorías que intentan explicar la probabilidad. En relación a los contextos judiciales, encontramos dos vertientes: unas teorías de probabilidad cuantitativa o estadísticas y otras teorías de probabilidad lógica. Las teorías de probabilidad cuantitativa o estadística, piensa el profesor Taruffo, en realidad no son aplicables a contextos judiciales; éstas se han desarrollado

⁷¹ *Ibidem*, pág. 224

⁷² Lopez Medina Diego Eduardo, traducción del artículo de Michelle Taruffo “La prueba, la verdad y la decisión judicial. s/d,pág.107

especialmente a través de la aplicación del teorema de Beinz y de la matemática Beicana; hay importantes piezas de literatura que de manera muy elegante y sofisticada tratan de aplicar el teorema de Beinz a la decisión judicial, sin embargo, estos esfuerzos tienen el problema de la probabilidad de manera cuantitativa. Queda entonces el concepto de probabilidad lógica, que hace referencia a las formas de razonamiento inferencial que van de conclusiones a conclusiones formando una red que puede llegar finalmente a una decisión judicial⁷³.

Si bien, y aún cuando la noción de estándares de prueba no se aplica por lo menos en lo que refiere al proceso civil en Iberoamérica, como lo veremos en el punto siguiente, ya se empiezan a observar disidencias en torno a la aplicación de las teorías de la probabilidad ⁷⁴.

No obstante ello y a los fines de explicar de que estamos hablando cuando nos referimos al estándar de prueba en materia civil, seguiremos al profesor Taruffo y así se podrá hablar de un criterio de “probabilidad lógica prevaleciente” como estándar al que el juez debe atenerse en la determinación de si un hecho ha recibido o no suficiente confirmación probatoria y, por tanto, al establecer si ese enunciado puede o no considerarse como “verdadero” a los efectos de la decisión. El criterio de la probabilidad lógica prevaleciente consiste, en realidad, en la combinación de dos reglas: la regla del “más probable que no” y la regla de la “prevalencia relativa” de la probabilidad.⁷⁵ La primera de ella hará referencia ante cada hecho, que se considere la eventualidad de que pueda ser verdadero o falso, una hipótesis negativa o positiva y entre esas dos hipótesis, el juez debe escoger aquella que, sobre la base de las pruebas disponibles, tiene un grado de confirmación lógica superior a la otra. La regla de la “prevalencia relativa” se refiere

⁷³ Ibidem pag.107

⁷⁴ Al respecto hay un interesante trabajo de Michael S. Pardo, donde al respecto plantea una concepción alternativa donde concluye que los estándares de prueba establecen los umbrales explicativos que deben ser alcanzados, y no un umbral mínimo de probabilidad. Pardo Michael S. “Estándares de Prueba y Teoría de la Prueba” en “Estándares de Prueba y Prueba Científica – Ensayos de epistemología jurídica” – Carmen Vazquez directora. Ed. Marcial Pons. Madrid 2013, pág. 100 y ss

⁷⁵ Taruffo, Michelle “La prueba..” ob. cit. pag. 275

al caso en que sobre el mismo hecho existan diversas hipótesis, es decir, diversos enunciados que narran el hecho de formas distintas, que hayan recibido alguna confirmación positiva de las pruebas aportadas al proceso (es decir, se toman en consideración sólo aquellas hipótesis que hayan resultado “más probables que no” de forma que las hipótesis negativas prevalecientes no importan)⁷⁶. Es decir que cuando sobre un hecho existan pruebas contradictorias, el juzgador debe “sopesar” las probabilidades de las diferentes versiones sobre los hechos para hacer una elección a favor del enunciado que parezca ser relativamente “más probable”, sobre la base de los medios de prueba disponibles. Este estándar es obviamente razonable, pues sería irracional dejar que el juzgador eligiera la versión de los hechos que esté menos apoyada por los medios de prueba; desde luego, la versión relativamente “más fuerte” debe prevalecer sobre la relativamente “más débil”⁷⁷.

7. La realidad procesal iberoamericana

Independientemente de que para el profesor Taruffo y todos aquellos quienes siguen sus ideas sostengan que a pesar de las dificultades que enuncian, cuando explican sobre todo el estándar de la probabilidad prevaleciente, para ellos este estándar, también denominado de la preponderancia de la prueba, es una racionalización adecuada del principio de la libre valoración de la prueba, tanto en los sistemas del common law como en los de civil law,⁷⁸ nosotros disintimos humildemente con esta tesis.

Y fundamos nuestra disidencia porque en todos los sistemas procesales de Iberoamérica que estudiamos encontramos la inexistencia de estos estándares, reinando en todo su esplendor el sistema de valoración de la sana crítica.

⁷⁶ Ibídem pág.276

⁷⁷ Taruffo, Michelle “La prueba..” ob. cit. pág.138

⁷⁸ Ibídem pág. 138

En lugar de aquel estándar, se ha impuesto incluso en forma positiva, la apreciación conjunta de los medios probatorios librados a la discrecionalidad del juzgador al momento de emitir su decisión. Esa discrecionalidad no será absoluta sino que deberá respetar las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia – reglas señeras de la sana crítica – para que su decisión no luzca arbitraria ni fuera de toda razón. Por las razones metodológicas nos explayaremos en este tema en el próximo punto.

Lo cierto es que en el caso de Colombia, si bien se ha hecho referencia a los estándares de prueba, ésta se hace con exclusividad en el área del proceso penal, incluso con sanción de norma expresa. Bustamante Rúa haciendo un análisis muy serio al respecto y en relación a la presunción de inocencia en el derecho procesal colombiano, hace un racconto de las legislaciones dictadas en ese sentido concluyendo que la Ley 906 de 2.004, reúne todas las versiones de la presunción de inocencia (como principio, regla de tratamiento, regla probatoria y regla de juicio) y de manera muy especial la vincula con el estándar de prueba del conocimiento más allá de toda duda⁷⁹. Aclaramos que cuando se habla de este último sintagma, se hace referencia al estándar aplicable – iterum en materia penal – conocido como “más allá de toda duda razonable”.

Vale la pena remarcar el trabajo realizado por el Instituto Chileno de Derecho Procesal expuesto por la estudiante María del Mar Ulloa en el V Congreso Internacional de Derecho Procesal sobre Derecho Probatorio, en Cartagena, Colombia, entre el 30 de agosto y el 01 de septiembre 2012. La investigación consistió en encuestas realizadas a varios jueces promiscuos del departamento de Antioquia, Colombia, para verificar si hacían uso del estándar de prueba aplicable tanto en el proceso civil que debería ser el de probabilidad prevalente, como el del proceso penal que debería ser el conocimiento más allá de toda duda razonable, consagrado en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal. En dicha oportunidad, los investigadores se percataron de que en su gran mayoría, que los jueces no tenían un

⁷⁹ Bustamante Rúa, Mónica ob. cit. pág. 13

concepto muy claro de lo que eran estándares de prueba, falencia que atribuyen a que es un concepto que se incluyó en el ordenamiento jurídico colombiano en el 2004 y que no ha tenido gran desarrollo por parte de la jurisprudencia y doctrina. De aquellos que sí tenían alguna noción del concepto, no sabían qué significaba el estándar de probabilidad prevalente, lo cual les llamó mucho la atención: “Porque aunque no hay ningún artículo en nuestra legislación que haga mención expresa de él, ha tenido gran relevancia en la doctrina internacional en la última década”, sostuvieron. La mayoría de los jueces saben de la obligatoria aplicación del “conocimiento más allá de toda duda razonable”, explicaron, porque se encuentra previsto en una norma. Pero incluso así mencionaron no saber completamente qué requerimientos debían seguir a la hora de hacer uso de él. Por último, unos pocos dijeron aplicar estándares de prueba basados en la sana crítica y las reglas de la experiencia, “dato todavía más alarmante porque confunden lo que es el sistema de valoración de la prueba con el estándar aplicable a ella”⁸⁰.

En el caso de Chile, la situación no escapa a lo que venimos exponiendo en relación a toda Iberoamérica. En lo que respecta al proceso de reforma que enfrenta el país trasandino a su código procesal civil, y fiel a lo que también expusimos que en materia de valoración de prueba el mismo es un problema de naturaleza política procesal, el entonces presidente de la República Sebastián Piñera adoptó, por consejo de la comisión redactora, seguir atado a las reglas de la sana crítica dejando de lado la aplicación de estándares de prueba.

“En consonancia con los demás sistemas reformados, pero con ciertas atenuaciones justificadas en el respeto a normas sustantivas tradicionales y al principio de seguridad en el tráfico jurídico, se consagra la primacía de la sana crítica co-

⁸⁰<http://www.ichdp.cl/aplicacion-de-los-estandares-de-prueba-por-los-jueves-de-competencia-comunen-colombia/> El trabajo estuvo a cargo de los estudiantes Andrés Arbeláez, Andrés Felipe Jiménez, José David Posada, Daniela Lopera, Lina Moreno, Andrés Prieto, María del Mar Ulloa y Natalia Vallejo.

mo sistema general y subsidiariamente, el de apreciación legal de la prueba. De esta manera, el tribunal podrá apreciar la prueba con libertad siempre que no contradiga los criterios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, salvo texto legal que expresamente contemple una regla legal para una apreciación diversa, lo que importa con ello la eliminación general de todas las restricciones legales y de la regulación del valor probatorio específico de cada medio, propios de un sistema de prueba legal o tasada. Con todo, el sistema se atenúa en forma excepcional, principalmente, en la regulación de algunos medios de prueba, como los documentos, así como respecto de las presunciones de derecho y las meramente legales y de los actos o contratos solemnes, los cuales sólo pueden ser probados por medio de la respectiva solemnidad. Lo anterior hace innecesario el establecimiento de un estándar de convicción, como el tomado del modelo norteamericano para el sistema procesal penal. En nuestro sistema no existe un sistema de jurados que dé un veredicto sino que jueces letrados, que deben valorar la prueba conforme a los criterios que impone la sana crítica y deben fundar exhaustivamente en sus sentencias las razones por las cuales acogen o deniegan las pretensiones de las partes. Como contrapartida entonces a una mayor libertad de apreciación probatoria, se fortalece y se pone especial atención en la fundamentación de la sentencia, la que representa el más adecuado instrumento de control en la formación de la convicción del juez y su necesaria socialización”⁸¹.

Pedimos disculpas por lo extensa de la cita, pero creemos que en ella se refleja todo el pensamiento de la procesalística iberoamericana que rehúye de esta posición fundada más en el sistema del common law, olvidando sus raíces y la plena vigencia de las reglas de la sana crítica.

En el resto de las normativas estudiadas, las normas imponen el sistema de la apreciación conjunta de los medios probatorios, aspecto éste al que nos referiremos en nuestras conclusiones.

⁸¹ Mensaje N° 004 - 360 que remite el Nuevo Código Procesal Civil, Santiago de Chile, 12 de marzo de 2012 en <http://www.reformaprocesalcivil.cl/>. 31/08/2014

8. Un atisbo inconsciente

En primer lugar debemos hacer la aclaración que cuando estamos hablando de la inconsciencia del atisbo a tratar, nos referimos a una incipiente doctrina que propugnando en materia cautelar la presencia de un estándar de prueba, nos ha llevado a estudiar primigeniamente la existencia de algunos de ellos en el activismo judicial, precisamente al tratar lo que, a nuestro juicio erróneamente, se conocen como procesos urgentes.

En efecto, Leandro Giannini en su artículo “Verosimilitud, apariencia y probabilidad. Los estándares atenuados de prueba en el ámbito de las medidas cautelares”⁸² se dedicó a elucidar una de las más tradicionales nociones utilizadas como condición para el dictado de una medida cautelar: la “verosimilitud del derecho”. El autor indaga en los alcances de dicha expresión cuando se lo enfoca a los *hechos* alegados por el peticionante de esta clase de medidas. Su planteo parte de aceptar como premisa general que el problema de la determinación de los hechos en el proceso no consiste en verificar si es posible, en este ámbito, alcanzar la verdad “material” o “absoluta” a su respecto, sino de analizar qué grado verdad (relativa) es aceptable perseguir como finalidad del sistema de justicia. A partir de allí, se distinguen en el artículo los dos principales sentidos con los que frecuentemente se define a la verosimilitud del derecho en el ámbito cautelar: un primer significado asociado a la “apariencia” de que el relato articulado sea ajustado a la realidad y una segunda acepción, relativa a la “probabilidad” de que tales hechos hayan existido. Si bien usualmente tales sentidos son confundidos, se sostiene en el ensayo la necesidad de distinguirlos, para terminar concluyendo que las medidas cautelares deben ser sometidas a un juicio de probabilidad *stricto sensu* (estándar de prueba atenua-

⁸² Giannini Leandro “Verosimilitud, apariencia y probabilidad. Los estándares atenuados de prueba en el ámbito de las medidas cautelares” ANALES N° 43 - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. 2013

do por la fase del pleito en la que se desarrolla habitualmente), excluyendo así todo examen de “apariencia”, noción superficial y redundante en este medio.

A partir de este trabajo, nos pusimos a observar y estudiar que todos aquellos conceptos que denominaban y denominados como indeterminados, bien podían ser tildados de estándares de prueba, ya que para disponer el dictado de dichas medidas, es necesario pasar ese mínimo umbral explicativo. Así encontramos la acreditación de una fuerte probabilidad de la existencia del derecho para el dictado de las autosatisfactivas, palmaria verosimilitud, fuerte atendibilidad, probabilidad cierta (art. 232 bis del código procesal civil de Formosa, que de por sí es tautológico, o es probable o es cierto) etc, etc, pero todas ellas encierran el agravante, que, fundadas en el “valor supremo urgencia y su fiel ladero celeridad” servirán únicamente como fórmulas huecas o si se quiere estándares mínimos que nada aportan. Y llegamos a esa conclusión porque para disponer de estos verdaderos anticipos de sentencia, el Juez los dispondrá, más allá de esas indicaciones dadas en la norma o peor aún sin norma, sin ningún tipo de prueba, a la sola versión del pretendiente. Valga esto como introducción para otro análisis en otro tiempo y otro lugar. Pero transplantamos doctrina extranjera para fundar violaciones a nuestra constitución.

9. Conclusiones

Llegados a este punto debemos concluir que para nuestro sistema jurídico romano germánico, los estándares de prueba no son aplicables.

Y no son aplicables en tanto y en cuanto sigan vigentes las reglas de la sana crítica.

Es cierto lo que sostiene parte de la doctrina que este estándar hace referencia al nivel de prueba que se requiere en un caso concreto para considerar

probada una proposición fáctica, pero creo que, con sus defectos y virtudes la sana crítica es el sistema aplicable.

De ordinario, se dice que los principios de la lógica tienen que ser complementados con las llamadas “máximas de experiencia”, es decir, con el conocimiento de la vida y de las cosas que posee el juez.⁸³ Peyrano considera a las máximas de experiencia no como un componente de las reglas de la sana crítica sino como un concepto sinónimo de ellas,⁸⁴ dos modos de expresar lo mismo y son conceptos que encuentran su más fructífera aplicación en el área de la interpretación y valoración de la prueba judicial, especialmente cuando median conflictos de pruebas, de invocación oficiosa y su aplicación no presupone prueba⁸⁵. Operaciones de razonamiento mental basados en la lógica y en las observaciones que nacen de la experiencia personal del juez, confirmadas por la realidad⁸⁶. Es cierto lo vago que resulta encorsetar las reglas de la sana crítica, pero así y todo siguen existiendo parámetros racionales a que ajustarse.

Aunque otra cosa pudiera parecer atendido al tenor literal de ciertas normas lo cierto es que en la actualidad la mayor parte de los sistemas jurídicos pueden considerarse mixtos. En ellos no rige en exclusiva uno de los dos sistemas puros de valoración de la prueba, sino que se ha optado por un sistema mixto, en el que se han pretendido combinar armónicamente algunas reglas legales (lo especial) con la sana crítica (lo general)⁸⁷

Como se ve, estos conceptos escapan a la aplicación de los estándares de la prueba.

Porque es cierto que con el tiempo, y tal vez por la notable imprecisión del significado de los conceptos empleados para formar el sintagma, los auto-

⁸³ Peyrano, Jorge “Aproximación a las máximas de experiencia. Su relación con las reglas de la sana crítica. ¿Se trata de dos conceptos disímiles? en “Revista de Derecho Procesal” Prueba – I – Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2005 -1 pág. 219

⁸⁴ Ibídem pág.219

⁸⁵ Ibídem pag.223

⁸⁶ Alvarado Velloso, Adolfo “La prueba judicial...” ob. cit.pág. 184

⁸⁷ Montero Aroca, La valoración....ob.cit. pág.435

res primero y las leyes después, extendieron estas reglas a la apreciación de todo medio confirmatorio, con lo cual puede llegar a instalarse la arbitrariedad judicial en el sistema. De donde resulta que, actualmente, el juzgador debe razonar toda su decisión, aún en la etapa que contenga pura valoración tasada por el legislador⁸⁸

Consiguientemente ello podría haber justificado la instalación de los estándares de prueba, pero, aún con sus imperfecciones como las que señala el maestro rosarino, las leyes estipularon como respuesta la apreciación conjunta. La llamada apreciación conjunta de la prueba radica básicamente en llegar a establecer los hechos probados, no tomando en consideración y valorando cada uno de los medios de prueba en sí mismos considerados, sino atendiendo al conjunto de todos los medios practicados. La pretendida justificación de esta apreciación conjunta suele referirse a que la convicción judicial no puede formarse atendiendo al examen aislado de cada medio de prueba, sino que ha de referirse al complejo orgánico, articulado lógicamente, de todos los medios de prueba.⁸⁹

Este es el sistema adoptado por la legislación argentina en su artículo 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina y aquellas provincias que lo siguen, no el caso de Santa Fe, como así también de otros países de Iberoamérica como el caso, entre otros, de Chile en su proyectado nuevo código. Este último ha hecho, como se mostró, una expresa elección a favor de la apreciación conjunta en detrimento de los estándares de prueba, resaltando la vigencia de la sana crítica.

Ahora bien, lo cierto es que con la admisión de la apreciación conjunta se están facilitando dos consecuencias prohibidas por la ley: 1) La no motivación real de las sentencias, en cuanto en ellas no se ponen de manifiesto las máximas de la experiencia que llevan al juez a conceder credibilidad a una fuente de prueba y a negársela a otra, y 2) El desconocimiento de las reglas legales de valoración de la prueba. Conviene, con todo, no exagerar en la crítica de la apreciación conjunta,

⁸⁸ Alvarado Velloso, Adolfo, "La prueba judicial..." ob. cit. pág. 184

⁸⁹ Montero Aroca, La Valoración...ob.cit. pág. 446

pues existen algunos casos en los que la misma, no es sólo admisible, sino necesaria: 1º) Cuando varios medios de prueba se complementan entre sí o, incluso, cuando el resultado de uno incide en el resultado de otro 2º) Cuando existen varios medios de prueba cuyos resultados son contradictorios será ineludible valorar el uno con relación al otro, pero lo que importa aquí es precisar que para que la valoración conjunta sea posible esos varios medios han de estar sujetos al mismo sistema de valoración de la prueba, no siendo posible valorar conjuntamente medios de prueba privilegiados por regla legal con medios de prueba de valoración libre.⁹⁰

Al lado de estos sistemas que pregonan la apreciación conjunta, existen otros que aún enrolándose en esta tendencia, esconden realmente un sistema libre de valoración de la prueba. Demostración de ello es el Perú, el cual en el artículo 197 del Código Procesal Civil prevé: “Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”. Estas normas, y de modo principal la del código peruano en el que la afirmación general es más clara, son expresión de un fondo ideológico que desconoce la realidad, tanto que luego la afirmación general se ve desvirtuada en los propios códigos⁹¹.

En el Ordenamiento español acertadamente no hay norma general sobre la valoración de la prueba, sino normas especiales respecto de cada uno de los medios, pero en todos ellos (salvo en los antes dichos del interrogatorio de la parte o de la prueba documental) se viene a disponer que el medio correspondiente se valorará por el tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. La fórmula se utiliza en el Código Judicial de Panamá (art. 770) en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil de Colombia y en el artículo 397 del Código Boliviano, por poner unos ejemplos⁹²

⁹⁰ Montero Aroca, Juan “ La prueba...ob. cit. pág. 503

⁹¹ Montero Aroca, Juan “La valoración....ob. cit.pág.436

⁹² *Ibidem* pag.439

Los estándares de prueba, como lo vimos, fue una creación del common law. Más allá de ser una creación intermedia entre las pruebas legales y la libre convicción, y su declarado otorgamiento de racionalidad a éste último que se debatía en el puro subjetivismo del Juez, lo cierto es que dichos parámetros se establecieron para darle algunos elementos al Jurado al momento de pronunciar su veredicto.

Es por ello que mucho se habla del Juzgador de derecho y el juzgador de los hechos, estando reservado los estándares para estos últimos. Juez y juzgador de los hechos no son sinónimos. Es importante, sobre todo para la comprensión de muchos de los problemas que abordan los estudiosos de sistemas del common law, distinguir las actividades jurisdiccionales que en materia probatoria se efectúan previamente a la etapa de valoración de elementos de juicio y toma de decisión vgr. la admisión y exclusión de pruebas. Puede darse el caso de que un mismo sujeto (el juez profesional) efectúe todas estas funciones, como suele ser en los sistemas romano- germánicos o en los llamados “bench trials” estadounidenses. Ahora bien en los sistemas del common law esta distinción se refleja sobre todo en la debatida separación entre cuestiones de derecho y cuestiones sobre los hechos: las primeras recaen siempre sobre un juez profesional, mientras las segundas pueden recaer sobre un juzgador de los hechos lego (el jurado lego)⁹³.

Por ello es que se instauran los estándares. El lego no sabe distinguir, no tiene porque saberlo ni tampoco dar explicaciones del porqué considera probado un hecho y ante tamaña libertad es claro que el sistema le provea reglas a qué atenerse (ej. Las Federal Rules of Civil Procedure”) decirle por lo menos cuando un determinado hecho ha alcanzado un nivel probatorio aceptable.

Nos preocupa porque estamos viendo que con el tema de los estándares de prueba nos queremos parecer al sistema anglosajón, pero nuestro sistema es diferente. Decir o establecer cuando algo está probado no encaja en un sistema

⁹³ Vazquez, Carmen “A modo de presentación” en “Estándares de Prueba y Prueba Científica – Ensayos de epistemología jurídica” – Carmen Vazquez directora. Ed. Marcial Pons. Madrid 2013, pág. 13

como el nuestro donde lo primordial es que el Juez se encuentra convencido de que el hecho ocurrió. Que en ese proceso de convicción utilice procesos psicológicos mentales que se rocen con la probabilística puede ser de ayuda, pero no es determinante.

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 epistemología⁹⁴. La epistemología nos puede ayudar a delinear un estándar de prueba que refleje correctamente el nivel de suficiencia probatoria que se haya decidido adoptar, pero no nos dice nada sobre el nivel mismo. Esa es una decisión política.⁹⁵

Observamos que de aplicarse los estándares de prueba – iterum se entienden en el sistema del common law y del juicio por jurados que son los juzgadores de hechos y no de derecho-, es brindar pautas para que el jurado pueda tener por probado o no un hecho. Esto es igual al sistema de valoración de la prueba tasada que en el sistema romano germánico, salvo para los documentos, fue dejado de lado, y por más que se sostenga que no se trata de una especie de regreso a las reglas de prueba tasada, pues los estándares de prueba suelen plantearse principalmente en la valoración del conjunto de pruebas a efectos de la toma de la decisión final; no afectan a elementos de prueba concretos estableciendo su valor a priori como sí lo hacen las reglas de la prueba tasada y sustituyendo en gran medida la actividad evaluativa o los criterios del juzgador⁹⁶, lo cierto es que, ya sea de un solo medio confirmatorio o todo un conjunto de éstos, la ley o el sistema le está diciendo al Juzgador como debe evaluar, y ello no está bueno ni es democrático.

Así pues, cabe advertir al lector que cuando en los diversos textos se habla de “sistema” o “práctica judicial”, muchas veces se está haciendo referencia exclusivamente al contexto jurídico de los autores, por lo que se debe ser preveni-

⁹⁴ Haack, Susan ob. cit. pag.66

⁹⁵ Ferrer Beltran Jordi, “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana” en “Estándares de Prueba y Prueba Científica – Ensayos de epistemología jurídica” – Carmen Vazquez directora. Ed. Marcial Pons. Madrid 2013, pág. 31

⁹⁶ *Ibidem* pag.14

do y crítico, no trasplantando de un sistema a otro posibles problemas o lo que se podrían calificar como soluciones viables sin el análisis oportuno. Hay que considerar con especial cuidado que en el mundo anglosajón muchas de las reglas probatorias y el análisis teórico respectivo versan sobre que pruebas serán presentadas ante el jurado y, por ello, los controles de admisibilidad de los elementos de juicio resultan comparativamente mucho más importantes en su derecho probatorio que en los sistemas de tradición romano – germánica.⁹⁷

Ya hemos estudiado que en las naciones iberoamericanas los estándares de prueba no se han arraigado. Nos parece que, en éste preciso ámbito de los estándares, las concepciones sostenidas por los autores son desde luego diversas. Sin embargo podríamos decir que todos asumen, como común denominador, la averiguación de la verdad como objetivo fundamental del proceso⁹⁸. Y ello choca contra la postura garantista y de todas las constituciones iberoamericanas, que más allá de lo que pregone la doctrina oficial, sólo busca a través del proceso solucionar un litigio.

El tema, como expresamos, no se entiende. La investigación realizada en Colombia es harto elocuente. El problema en los sistemas de civil law respecto de los estándares de prueba es el mismo: su práctica inexistencia.⁹⁹

Ratificamos, para nuestro sistema la plena vigencia de las reglas de la sana crítica con todas sus imperfecciones e imprecisiones. Estas reglas exigen que el juzgador piense y describa su razonamiento de modo tal que le permita al perdido comprender las razones objetivas y subjetivas que influyeron en su ánimo al tomar la decisión que le es adversa y, además, posibilitar al superior igual conocimiento para que pueda saber lo mismo y, eventualmente, atender los agravios del impugnante. Se concluye de ello que la valoración conforme la sana crítica al día de hoy no es una técnica exclusiva sino que es la resultante de una combinación que reúne desde el valor anticipado de los medios de acreditamiento a la libre convic-

⁹⁷ *Ibidem* pag. 12

⁹⁸ *Ibidem* pag. 13

⁹⁹ Ferrer Beltran ob. cit., pág. 35

ción en las declaraciones, para llegar a la ponderación final de todos los medios de eficiencia regularmente llevados al proceso.¹⁰⁰

Con el afán de parecer de avanzada, seguimos importando doctrinas y leyes que solamente aportan un elemento más a la confusión general y así empiezan los problemas de que el Juez se considera un superdotado que todo lo sabe y entonces con su saber y lo que le indica el estándar de prueba, pero no su convicción, tener probado éste o aquél hecho.

Y ello no es ni democrático ni republicano.

PONENCIA

- Los estándares de prueba no son aplicables a los sistemas de valoración de los medios confirmatorios en los ordenamientos procesales civiles de Iberoamérica, ya que los mismos han sido pergeñados para ser aplicados bajo las reglas del common law y específicamente darle pautas a los jurados, como juzgadores de hecho, de cuales son los umbrales mínimos que deben considerar satisfechos para tener por probados los hechos discutidos.
- Para entender los grados de prueba y los estándares probatorios en el derecho, deberemos acudir a la explicación que nos brinda la epistemología, quien a su vez nos podrá ayudar a delinear un estándar que refleje el nivel de suficiencia probatoria.
- Mientras exista el sistema de la sana crítica para valorar los medios confirmatorios aportados por la causa, ya sea en forma individual para cada uno de los medios o a través de la apreciación conjunta, los estándares de prueba no podrán ser

¹⁰⁰ Alvarado Velloso, Adolfo “La prueba...” ob. cit. pág.185

aplicados, independientemente del escaso conocimiento que de los mismos poseen todos los operadores jurídicos iberoamericanos.

BIBLIOGRAFIA

- Allen Ronald J. “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico” en “Estándares de Prueba y Prueba Científica – Ensayos de epistemología jurídica” – Carmen Vazquez directora. Ed. Marcial Pons. Madrid 2013
- Alvarado Velloso, Adolfo “Introducción al Estudio del Derecho Procesal” Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1989
- Alvarado Velloso, Adolfo “La prueba Judicial” colección Temas procesales conflictivos T° 2, Juris, Rosario 2008
- Barucca, Mario César “El poder cautelar genérico desde la Perspectiva del Derecho Procesal Garantista” Tesis de maestría – Rosario , Septiembre de 2009 – www.academiaderecho.com.
- Bustamante Rúa, Mónica “La garantía de la presunción de inocencia y el estándar de prueba más allá de toda duda razonable” Artículo que forma parte del proyecto de investigación: “Aplicación práctica de la probabilidad en los estándares de prueba de duda razonable (Proceso penal) y probabilidad prevalente (Proceso Civil) del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. S/d.
- Couture Eduardo “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” Aniceto Lopez editor. Buenos Aires 1942
- Diccionario de la Real Academia Española 22° Edición publicada en 2001 en www.lema.rae.es
- Douglas Price, Jorge Eduardo “La decisión judicial” Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2012

- Ferrer Beltran Jordi, “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana” en “Estándares de Prueba y Prueba Científica – Ensayos de epistemología jurídica” – Carmen Vazquez directora. Ed. Marcial Pons. Madrid 2013
- Giannini Leandro “Verosimilitud, apariencia y probabilidad. Los estándares atenuados de prueba en el ámbito de las medidas cautelares” ANALES Nº 43 - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. 2013
- Haack Susan “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica” en “Estándares de Prueba y Prueba Científica – Ensayos de epistemología jurídica” – Carmen Vazquez directora. Ed. Marcial Pons. Madrid 2013,
- Lopez Medina Diego Eduardo, traducción del artículo de Michelle Taruffo “La prueba, la verdad y la decisión judicial. s/d,
- Lorenzetti Ricardo, “Teoría de la decisión judicial, Fundamentos de Derecho” Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2008
- Montero Aroca Juan “La prueba en el proceso civil” s/d www.academiadederecho.com
- Montero Aroca, Juan “La prueba de oficio (Libertad y garantía frente a autorización y publicización en el proceso civil)” Ponencia presentada en el 1er. Congreso Panameño de Derecho Procesal. www.academiadederecho.com
- Montero Aroca, Juan “ La Valoración de la prueba como garantía en el proceso civil” Ponencia presentada al III Congreso Panameño de Derecho Procesal en www.academiadederecho.com Acosta Jose V. “Visión jurisprudencial de la prueba civil” TºI Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe 1996
- Pardo Michael S. “Estándares de Prueba y Teoría de la Prueba” en “Estándares de Prueba y Prueba Científica – Ensayos de epistemología jurídica” – Carmen Vazquez directora. Ed. Marcial Pons. Madrid 2013

- Peyrano, Jorge “Aproximación a las máximas de experiencia. Su relación con las reglas de la sana crítica. ¿Se trata de dos conceptos disímiles?” en “Revista de Derecho Procesal” Prueba – I – Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2005 -1
- Puentes, Orlando Enrique “ La doctrina contemporánea sobre la prueba y su aplicación en Colombia” Tesis de Maestría en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Colombia. Bogota, 2009
- Rojas, Jorge A. “Valoración de la prueba ¿coexistencia de sistemas?” en “Revista de Derecho Procesal” Prueba – I – Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2005 -1
- Sosa, Toribio Enrique “El fin de la prueba” en “Revista de Derecho Procesal” Prueba – I – Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2005 -1
- Taruffo Michelle “La prueba” Colección Filosofía y Derecho. Ed. Marcial Pons Madrid 2008 Berizonce Roberto O. “El principio del contradictorio y su operatividad en la prueba” en “Revista de Derecho Procesal” Prueba – I – Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2005 -1
- Taruffo,Michelle “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial” Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Boletín Mexicano de Derecho comparado, nueva serie, año XXXVIII,num. 14,Setiembre de 2005
- Terrasa, Eduardo “Aplicación judicial del derecho: Estructura de la norma y carga de la prueba” Colección ensayos procesales – Tema: El Juez y la Prueba” Director: Adolfo Alvarado Velloso. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas. Rosario, 2009
- Vazquez, Carmen “A modo de presentación” en “Estándares de Prueba y Prueba Científica – Ensayos de epistemología jurídica” – Carmen Vazquez directora. Ed. Marcial Pons. Madrid 2013

- <http://www.ichdp.cl/aplicacion-de-los-estandares-de-prueba-por-los-jueves-de-competencia-comun-en-colombia>
- Mensaje N° 004 - 360 que remite el Nuevo Código Procesal Civil. Santiago de Chile, 12 de marzo de 2012 en <http://www.reformaprocesalcivil.cl/>. 31/08/2014