

¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba *

Is it possible to formulate a precise, objective standard of proof? Some questions based on an argumentative approach to evidence

Daniel González Lagier **

Resumen: En este trabajo adopto una perspectiva argumentativa de la prueba, centrándome en tres puntos: (1) La estructura de la inferencia probatoria; (2) qué razones cuentan como buenas razones para establecer el grado de corroboración de una hipótesis y (3) la posibilidad de formular un estándar de prueba objetivo y preciso.

Abstract: In this study, I adopt an argumentative perspective on evidence, focusing on three points: (1) The structure of evidentiary inference; (2) which reasons count as good ones for establishing the degree of corroboration of a hypothesis and (3) the possibility of formulating a precise, objective standard of proof.

Palabras clave: prueba jurídica, argumentación jurídica, reglas de la sana crítica, estándar de prueba.

Key words: Legal Evidence; Legal Argumentation; Rules of Reasoned Judgment; Standard of Proof.

Fecha de recepción: 17-4-2020

Fecha de aceptación: 3-6-2020

1. Introducción

En el ámbito latinoamericano la teoría de la prueba ha pasado en pocos años de ser un tema escasamente tratado por los juristas y filósofos a constituir un campo de estudio floreciente, muy activo y pujante, con importantes avances y propuestas muy sugerentes (en el ámbito anglosajón este desarrollo fue muy anterior). Sin embargo, me parece que -como en toda disciplina en expansión- para poder asentarse de una manera consolidada es necesario contar con una terminología precisa que no dé lugar a graves equívocos y compartir un conjunto de conceptos que nos permitan plantear de manera clara los problemas y evitar confusiones debidas, no ya a la dificultad intrínseca de los

* Agradezco a Daniela Accatino, Jordi Ferrer, Álvaro Núñez y Victoria Roca las discusiones sobre el contenido de este texto. Uno de los revisores anónimos del trabajo me ha hecho sugerencias oportunas y de calado sobre la tesis central del mismo, que también le agradezco. Estas sugerencias no pretenden impugnar la tesis, pero lograr responderlas sería importante para reforzarla. Dejo esta tarea para un trabajo posterior, donde pueda atenderlas con la consideración que merecen.

** Catedrático de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Alicante. Correo: daniel.gonzalez@ua.es

problemas abordados, sino a la falta de univocidad en el lenguaje usado. Y es a propósito de este aspecto donde me parece que es posible - y necesario- avanzar más, especialmente en relación con lo que podría considerarse uno de los ejes de esta disciplina: La valoración de la prueba y la decisión de qué hipótesis debe aceptarse como probada. Nuestros ordenamientos jurídicos, con una terminología bastante similar entre ellos, suelen remitir como criterios de valoración a las leyes de la lógica, a las máximas de experiencia, a los conocimientos científicos y a las reglas de la sana crítica, pero sin precisar estos conceptos tan cargados de vaguedad. A estos criterios se sumaría el estándar de prueba, objeto de tantas discusiones en nuestra reciente literatura sobre el tema. Sin embargo, en mi opinión, a pesar de estas discusiones, las relaciones y las diferencias entre el estándar de prueba y los criterios de valoración aún no resultan claros, y es esta falta de precisión lo que puede dificultar la discusión acerca de qué criterios de valoración y qué estándares en particular resultan adecuados, o incluso la discusión acerca de la posibilidad de formular un estándar de prueba preciso y objetivo. En este trabajo trataré de ofrecer un conjunto de sugerencias conceptuales que puedan servir para avanzar en la búsqueda de un sustrato terminológico y conceptual compartido sobre este punto. Para ello, adoptaré una perspectiva argumentativa de la prueba, centrándome en tres puntos: (1) La estructura de la inferencia probatoria; (2) qué razones cuentan como buenas razones para establecer el grado de corroboración de una hipótesis y (3) la posibilidad de formular un estándar de prueba objetivo y preciso.

2. Tres modos de razonar sobre hechos

De los muchos sentidos de la palabra “prueba”, uno de ellos es la “prueba como razonamiento”¹. Desde este punto de vista, “probar” consiste en construir un argumento que trata de justificar determinada hipótesis como premisa fáctica de la decisión judicial. En mi opinión, este tipo de razonamiento siempre consiste en correlacionar dos tipos de hechos (o enunciados sobre hechos): los hechos que queremos probar y los hechos que usamos para probarlos (los elementos de juicio). Por tanto, este argumento se compone de un conjunto de premisas (los elementos de juicio), una conclusión (la hipótesis sobre los hechos que queremos probar) y una conexión o relación entre las premisas y la hipótesis. Este enlace o conexión entre los elementos de juicio y la hipótesis puede tener carácter empírico, normativo o conceptual.

En el primer caso, el enlace es una generalización empírica que correlaciona hechos como los descritos en las premisas con hechos como los descritos en la conclusión a partir de la observación de una asociación pasada entre ambos tipos de hechos (podemos incluir en estas generalizaciones al conocimiento científico y llamarlas “máximas de la experiencia”, aunque a

1 González Lagier, D., “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, en García Amado, J.A. y Bonorino, P. R., (coords.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*, Granada: Comares, 2014, pp. 109 y ss.

veces el término se refiere solamente a las generalizaciones empíricas que se pretenden de sentido común y aceptación general). En estos casos, podemos hablar de inferencias probatorias empíricas (en algunos contextos podría ser adecuado limitar el nombre de “prueba” a estos supuestos).

Por ejemplo:

1. El acusado fue detenido en las cercanías de la vivienda donde se cometió el robo, poco después del momento del mismo, llevando los objetos sustraídos en dicha vivienda y portando una palanca metálica (elementos de juicio).

2. Si alguien es sorprendido en el sitio del suceso o sus cercanías, en un tiempo inmediato al hecho, portando especies o efectos del delito y/o elementos necesarios para cometerlo, probablemente es el autor del delito (máxima de experiencia).

3. El acusado es el autor del delito (hechos probados).

En el segundo caso, el enlace es una norma (normalmente de origen legislativo o jurisprudencial) que establece que si se dan hechos como los descritos en las premisas (el hecho base), se debe dar por probada determinada hipótesis (el hecho consecuencia); podemos llamar a estas normas “normas de presunción” o normas de valoración tasada de la prueba y a estas inferencias, inferencias probatorias normativas.

Por ejemplo:

1. Los sujetos x e y (padre e hijo) fallecieron en el mismo accidente automovilístico y no consta quién falleció primero (elementos de juicio).

2. “Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas haya muerto primero (...), a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo” (presunción legal establecida en el artículo 33 Código Civil español).

3. x e y fallecieron al mismo tiempo (hecho probado).

En el tercer caso, la conexión viene establecida por una definición o regla conceptual, que establece que los hechos del tipo de los descritos en la hipótesis “cuentan como” (esto es, son subsumibles en) una cierta categoría de hechos (una acción, una intención, una relación causal, etc.). En estos casos, lo que está en juego no es tanto la ocurrencia o no de un determinado hecho, sino su “interpretación”, es decir, su clasificación dentro de una u otra categoría genérica de hechos.

Por ejemplo:

1. Todo aquél que contrajo el síndrome tóxico había consumido aceite de colza, pero no todos los que consumieron aceite de colza contrajeron el síndrome tóxico, esto es, el aceite de colza era condición necesaria, pero no suficiente, del síndrome tóxico (elementos de juicio).

2. Cuando un hecho es condición necesaria (aunque no sea necesaria y suficiente) de otro, el primero es causa del segundo (definición).

3. El aceite de colza causó el síndrome tóxico (hecho probado).

En todo caso, las inferencias probatorias empíricas son lógicamente prioritarias: no es posible realizar uno de los otros tipos de inferencias sin probar que se ha dado el hecho base de la presunción o de la definición (lo que habrá de hacerse recurriendo a una generalización empírica). En lo que sigue, dejaré de lado las inferencias probatorias basadas en definiciones, que plantean problemas distintos de los que pretendo tratar aquí².

3. Sobre la valoración de la prueba y la confirmación de hipótesis

3.1. El ámbito de la valoración de la prueba

Es evidente que el tipo de razonamiento que llamamos valoración de la prueba se da sólo a propósito de la inferencia probatoria empírica. En el caso de las inferencias probatorias normativas, esto es, en los casos de prueba tasada, la valoración ya viene predeterminada en la regla³. Las inferencias basadas en generalizaciones empíricas se corresponden con los sistemas de libre valoración de la prueba, mientras que las inferencias probatorias normativas son propias de los sistemas de prueba tasada. Un sistema “perfecto” de valoración libre de la prueba carecería de normas que establecen presunciones (en cambio, un sistema “perfecto” de prueba tasada es lógicamente imposible, salvo que fuera completamente circular, porque en algún momento el hecho base de alguna norma de presunción debe probarse empíricamente). En realidad, aunque nuestros sistemas se consideren de libre valoración de la prueba, en ellos hay casos de “prueba libre” (o más libre) y casos de “prueba tasada” (o menos libre). Que un sistema de valoración sea de libre valoración o de prueba tasada es una cuestión de grado.

Es, pues, en los casos en los que el juez es libre para examinar si los elementos de juicio permiten avalar la hipótesis, y en qué grado, en los que hablamos con propiedad de valoración de la prueba. Ahora bien, las inferencias probatorias empíricas no permiten llegar a una conclusión sobre la que tengamos una certeza absoluta; por el contrario, sólo nos permiten conocer la

2 Sobre ellas puede verse González Lagier, D., “Hechos y conceptos”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, núm. 15, 2007.

3 Cuando usamos una regla de presunción, habrá que probar el hecho base de la presunción y también (si se admite) la posible prueba en contrario, pero esto ya se hará por medio de inferencias probatorias empíricas.

verdad de una manera limitada y más o menos aproximada (y esto es así aunque formulemos la inferencia como una deducción, porque no es posible tener en la conclusión más seguridad que la que tenemos en las premisas: no debemos confundir la validez lógica del argumento con la certeza material de su conclusión). La valoración de la prueba, desde un punto de vista argumentativo, puede identificarse con la determinación del grado de corrección o *solidez* de la inferencia probatoria empírica, esto es, el grado en el que las pruebas avalan o corroboran la hipótesis. También podría decirse que la valoración de las pruebas consiste en determinar el grado de probabilidad inductiva con el que la hipótesis-conclusión se sigue de las premisas (esto es, de los elementos de juicio y la máxima de experiencia). Es necesario contar, por tanto, con criterios racionales para determinar el grado de solidez de la conclusión. Estos criterios no son formales, o no son sólo formales (los criterios formales serían las reglas de la lógica a las que aluden nuestros ordenamientos también como criterios de valoración). Visto desde el punto de vista de la argumentación, las reglas de la sana crítica pueden interpretarse como los criterios de solidez no formales de las inferencias probatorias empíricas.

3.2. Las "reglas de la sana crítica"

En trabajos anteriores he propuesto los siguientes criterios o reglas de valoración racional de la prueba⁴:

1) Cuantos más elementos de juicio tengamos a favor de una hipótesis, mejor confirmada estará ésta.

2) Cuanto más variados sean los elementos de juicio (es decir, que añadan información que permita eliminar hipótesis alternativas), mejor confirmada estará la hipótesis.

3) Cuanto más pertinentes sean los elementos de juicio (cuanto mejor relacionados estén con la hipótesis por medio de generalizaciones empíricas fiables), mejor confirmada estará la hipótesis.

4) Cuanto más fiables sean los elementos de juicio (esto es, cuanto mejor fundados estén en otros elementos de juicio e inferencias previas o en observaciones directas o conocimientos sólidos), mejor confirmada estará la hipótesis.

5) Cuanto mejor fundadas estén las máximas de experiencia en generalizaciones inductivas, más sólida es la hipótesis.

6) Cuanto mayor sea la probabilidad expresada en la máxima de experiencia, más sólida es la hipótesis (las máximas de experiencia tienen la

4 González Lagier, D., *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima: Editorial Palestra-Temis,, 2005.

siguiente estructura: “Si p , entonces probablemente q ”; el grado de probabilidad con el que se correlacionan ambos tipos de hechos es relevante para la confirmación de la hipótesis).

7) La hipótesis no debe haber sido refutada ni directa (no debe quedar probado un hecho incompatible con la hipótesis) ni indirectamente (no deben quedar refutadas las hipótesis que serían verdaderas si se acepta como verdadera la hipótesis principal).

8) Si las hipótesis derivadas de la hipótesis principal (esto es, las hipótesis que serían verdaderas si la hipótesis principal fuera verdadera) pueden confirmarse, mejor confirmada estará la hipótesis principal (por medio de un argumento por abducción).

9) Cuanto más coherente desde un punto de vista narrativo sea la hipótesis, mejor confirmada estará.

10) Cuantos más elementos de juicio queden explicados por la hipótesis, mejor confirmada estará ésta.

11) Cuanto menos hechos no comprobados exija la verdad de la hipótesis, mejor confirmada estará ésta.

12) Cuantas menos hipótesis alternativas incompatibles con la hipótesis principal subsistan, mejor confirmada estará la hipótesis principal.

Creo que resulta esclarecedor identificar las “reglas de la sana crítica” a las que aluden nuestros ordenamientos con criterios de racionalidad epistemológica como estos. Respecto de mi propuesta, cabe discutir muchas cosas: si falta alguna regla, si están bien formuladas, si algunas de las reglas son redundantes (lo son: la 2 y la 12, por ejemplo, son la misma regla vista desde el punto de vista de los elementos de juicio o desde el punto de vista de la hipótesis; y la 3 y la 5 apuntan también a la misma idea, desde el punto de vista de los elementos de juicio o desde el punto de vista de la máxima de experiencia), si alguna es superflua, equivocada, etc. Probablemente es posible una presentación más económica, clara y precisa de las mismas. Sin embargo, lo que quiero sugerir es que lo que en nuestra cultura jurídica llamamos reglas de la sana crítica, si el objetivo es que la valoración de la prueba sea epistemológicamente racional (y, por tanto, que tienda a asegurar conclusiones que sean probablemente verdaderas, esto es, que minimicen el error), deben ser reglas de este tipo, no pueden diferir mucho de ellas.

¿Tiene sentido que el legislador o la jurisprudencia regule o positivice este tipo de reglas? En mi opinión, es importante advertir que, estén o no positivizadas, son reglas metodológicas *necesarias* respecto de la finalidad de tratar de inferir hipótesis racionalmente correctas a partir de los elementos de juicio disponibles, y ése carácter necesario no depende directamente de la

autoridad jurídica (aunque sí indirectamente, en la medida en que el diseño y la finalidad del proceso de prueba depende de las autoridades jurídicas: es decir, lo que el Derecho establece como *obligatorio* es la exigencia de racionalidad de la valoración de la prueba; respecto de ese fin, las reglas de valoración son medios *necesarios*). De la misma manera que el hecho de que el legislador diga o no que debe respetarse el principio lógico de no contradicción no cambia el carácter necesario de las leyes de la lógica, tampoco las reglas de racionalidad epistemológica requieren ser positivizadas para ser vinculantes o necesarias. Su inclusión en textos normativos sólo tendría, por tanto, una función orientadora, ejemplificativa, indicativa. Además, la cuestión de cuáles son las reglas de racionalidad epistemológica es ella misma una cuestión metodológica y filosófica, abierta a la discusión y dependiente de la teoría epistemológica que se asuma, lo que no aconseja su positivización, salvo quizá por vía jurisprudencial, más flexible.

Una precisión: creo que es importante advertir que, si la valoración de la prueba se identifica con la estimación del grado de solidez de la inferencia probatoria, el objeto de la valoración no son sólo *las pruebas* (los elementos de juicio), sino *la prueba*, el razonamiento probatorio en su conjunto: esto es, los criterios -como hemos visto- versan sobre los elementos de juicio, la hipótesis y la conexión entre unos y otros.

3.3. Reglas de la sana crítica y máximas de experiencia

Las reglas de la sana crítica son distintas de las máximas de experiencia: Las primeras tienen un carácter normativo (aunque no jurídico: como acabamos de decir, son exigencias de racionalidad, que determinan qué formas de razonar son correctas y qué formas no; pueden verse como un conjunto de reglas constitutivas que determinan el marco de la racionalidad teórica) y su fundamentación no es empírica (salvo que se sostenga algún tipo de epistemología naturalizada como la propuesta por Quine, para quien la epistemología debía reducirse a la psicología cognitiva⁵). Una regla que establece que “cuantos más elementos de juicio haya a favor de una hipótesis ésta será más sólida” no es algo que podamos justificar *en última instancia* en la experiencia (aunque es posible que la hayamos aprendido al observar los criterios usados por otros). Tratar de justificar este tipo de reglas de racionalidad inductiva en la experiencia nos plantearía varios problemas: Si tratamos de mostrar que estas reglas tienen éxito en encontrar la verdad, se nos presentaría un problema de circularidad, porque para mostrar que normalmente tienen éxito tendríamos que usar los principios o reglas que estaríamos intentando justificar; si simplemente tratamos de justificarlas mostrando que, de hecho, son los criterios usados por la mayoría para justificar creencias, además perderían su dimensión normativa (ya no servirían para determinar si un razonamiento es correcto o no, simplemente nos indicarían si

5 Quine, W.V., “Naturalización de la epistemología”, en *La relatividad ontológica y otros ensayos*, Madrid: Ed. Tecnos, 2002.

un razonamiento es conforme a un hábito o no). Las máximas de la experiencia, por su parte, son enunciados descriptivos (verdaderos o falsos, por tanto) cuya fundamentación es empírica. Llegamos a ellas a través de razonamientos generalizadores (que usan las reglas de racionalidad epistemológica) a partir del examen de casos particulares. Son necesarias para correlacionar los hechos probatorios y los hechos que hay que probar, pero no se trata de una necesidad lógica o inductiva: son necesarias como premisas de la inferencia probatoria, no como criterios metodológicos de racionalidad.

3.4. El carácter gradual de la confirmación de las hipótesis

Las reglas de valoración de la prueba son graduales en al menos dos sentidos: Por un lado, hacen referencia a criterios que son ellos mismos graduales (mayor o menor número de elementos de juicio, mayor o menor fiabilidad de los mismos, mayor o menor coherencia de la hipótesis, mayor o menor fundamentación de las máximas de experiencia, etc.). Por otro lado, una hipótesis puede venir justificada por más o menos reglas: sería demasiado exigente pedir que se cumplan todas en un grado relevante.

Este doble carácter gradual tiene dos consecuencias:

La primera, que establecer el grado de confirmación de una hipótesis requiere un juicio global a la luz de todos estos criterios; es decir, es necesariamente el resultado de una evaluación holista. Ninguno de estos criterios es en abstracto condición necesaria ni suficiente de un cierto grado de confirmación. No es condición necesaria porque su déficit siempre puede venir compensado por otro u otros criterios. Por ejemplo, no puede decirse que, dado que el número de elementos de juicio a favor de una hipótesis es muy reducido, tal hipótesis tiene necesariamente un grado de confirmación muy bajo, porque eso puede venir compensado por el hecho de que las máximas de experiencia que conectan esos elementos de juicio con la hipótesis sean muy sólidas y se hayan podido eliminar un buen número de hipótesis alternativas. Y tampoco es condición suficiente de cierto grado de confirmación, porque los criterios que tenga a su favor siempre pueden venir contrarrestados por el déficit en otros. Por ejemplo, no puede decirse que el hecho de que las máximas de experiencia estén muy bien fundadas garantiza que la hipótesis esté bien confirmada, porque eso puede venir alterado por el hecho de que los elementos de juicio sean ellos mismos muy poco fiables. Esto, como veremos, es importante en la discusión acerca de la plausibilidad de un estándar de prueba que sirva como umbral de suficiencia.

La segunda consecuencia es que lo que estos criterios permiten es determinar si una hipótesis es más o menos probable (en sentido lógico o inductivo) que otra, pero no *cuánto* más probable⁶. Es decir, permiten una

6 Para un influyente análisis de la noción de probabilidad inductiva, véase Cohen, L.J., *The probable and the provable*, Oxford: Clarendon Press, 1977.

comparación y ordenación del grado de justificación de diferentes hipótesis particulares, pero no una cuantificación numérica de su probabilidad. De manera que ahora, una vez valorada la prueba, se plantea el problema de la decisión: ¿es el grado de confirmación obtenido suficiente para dar por probada la hipótesis? Contestar a esta pregunta requiere un nuevo criterio: el estándar de prueba. Este criterio debe funcionar como umbral (aunque sea admisible cierto grado de vaguedad) que nos permita discriminar entre lo que damos por (suficientemente) probado y lo que no damos por (suficientemente) probado.

Por tanto, los criterios de valoración y el estándar de prueba tienen objetos y finalidades distintas: lo que valoramos con las reglas de valoración de la prueba es el razonamiento o inferencia probatoria para tratar de establecer su grado de confirmación o justificación. Por el contrario, el estándar de prueba no pretende valorar (de nuevo) la prueba: lo que valoramos con el estándar es el grado de justificación obtenido (esto es, el resultado del razonamiento previo), para responder a la cuestión de si es suficiente para tomar la decisión. Por supuesto, no necesitamos sólo un estándar de prueba único, sino que éste puede ser distinto -más o menos exigente- según el tipo de decisión de que se trate. Sin embargo, los criterios de valoración son los mismos para todo tipo de casos (aunque algunos pueden ser más relevantes o más característicos de algunos tipos de hechos).

4. Los estándares de prueba

4.1. Estándares y decisiones prácticas

Los estándares de prueba (o decisión) no son un problema exclusivamente jurídico. Como sabemos, nuestras decisiones y acciones pueden verse como el resultado de la combinación de un deseo y una creencia acerca de cómo satisfacerlo. Esto implica que nuestro conocimiento del mundo (nuestras creencias) tienen relevancia práctica, y no sólo teórica. Necesitamos creencias para saber cómo actuar. Ahora bien, nuestras decisiones y acciones pueden tener consecuencias más o menos relevantes. Cuanto más trascendente es la decisión que he de tomar, cuanto más graves pueden ser sus consecuencias, más seguro he de estar de las creencias que guían esa decisión. Si mi vida depende de llegar a tiempo a Madrid, mi creencia de que el avión sale a las 9 de la mañana basada solamente en que lo he leído en el periódico no parece estar suficientemente justificada; lo razonable sería tratar de alcanzar un grado mayor de certeza, para lo que debería buscar más pruebas. El grado en el que exigimos que una creencia esté justificada depende del contexto y la relevancia práctica de la creencia, de manera que una misma creencia con el mismo apoyo inductivo puede estar suficientemente justificada o no cambiando el contexto. Por ejemplo⁷:

7 Grimaltos, T., "Creencia, aceptación y conocimiento", *Episteme*, vol. 29, Nº 1, 2009, pp. 35-50.

- Contexto 1: Miguel y su mujer van el viernes al banco a ingresar dinero. Como hay mucha cola, Miguel dice: "Ya vendré yo mañana". Su mujer le dice: "Quizá el banco no abra mañana. Muchos bancos están cerrados los sábados". Miguel responde: "No; sé que estará abierto: vine un sábado hace dos semanas, abren hasta mediodía".

- Contexto 2: Esta vez es necesario ingresar el dinero antes del lunes, ya que entonces pasarán al cobro unos talones que han firmado; si el lunes no están ingresados los fondos, tendrán verdaderos problemas. Como en el contexto 1, hay mucha cola y Miguel dice que volverá al día siguiente. Su mujer le recuerda que si no ingresan el dinero antes del lunes tendrán problemas y le dice: "Los bancos cambian sus horarios. ¿Sabes que el banco abrirá mañana?". Miguel, que está tan convencido como antes de que el banco abre el sábado, contesta: "Bueno, no. Mejor nos quedamos e ingresamos el dinero hoy".

En el contexto 1 Miguel dice que sabe que el banco abre los sábados; en el dos, dice que no. La evidencia a favor de su creencia es la misma en uno y otro caso. Pero esta evidencia es suficiente para considerar justificada su creencia en 1 y no lo es para considerarla justificada en 2. La concepción filosófica llamada contextualismo extrae de esto la conclusión de que la atribución de conocimiento (creencias verdaderas justificadas) es sensible al contexto, pero otra manera -que evita ciertos problemas del contextualismo- de enfrentar esta relatividad del carácter justificado o no de las creencias respecto del contexto puede ser introducir la distinción entre *creencia* y *aceptación* como dos tipos de actitudes proposicionales distintas. Usando esta distinción, cabe decir que no es que en el contexto 1 la creencia esté justificada y en el 2 no lo esté: en ambos casos la creencia está igualmente justificada, pero ese grado de justificación en el contexto 1 es suficiente para *aceptarla* (para actuar conforme a ella) y en el contexto 2 no lo es.

4.2. Creencia y aceptación

Yo no puedo *creer* algo que sé que es falso; en cambio, puedo *aceptar* algo sobre lo que tengo dudas, o incluso que creo que es falso, y actuar como si fuera verdadero. Aceptar, por tanto, es una actitud proposicional que también tiene relación con la verdad, pero de una manera distinta de la creencia: el que cree algo tiene la pretensión de que su creencia es verdadera, pero esta pretensión no está necesariamente presente en la aceptación. El que acepta algo puede pretender sólo que hay razones para actuar como si la afirmación fuera verdadera, aunque no lo sea. De acuerdo con L.J. Cohen "Aceptar que p es tener o adoptar la política de juzgar, plantear o postular que p , esto es, de incluir esa proposición o regla entre las propias premisas para decidir qué hacer o pensar en un contexto particular, sienta uno o no que p es verdadera"⁸. Podemos trazar las diferencias entre creer y aceptar de la siguiente manera:

8 Cohen, L.J., *Belief and Acceptance*, Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 4.

a) La creencia es gradual (podemos estar más o menos convencidos de algo); la aceptación es todo o nada.

b) La creencia está determinada por razones epistémicas, razones para creer, pero no por razones prácticas (que sea prudente que crea p no es una razón apta para hacer que crea p); la aceptación viene determinada por razones epistémicas y/o prácticas.

c) La creencia no es una acción, esto es, no está completamente dentro de nuestro control (las creencias pueden ser consecuencias de nuestras acciones, pero no son ellas mismas acciones: por ejemplo, no podemos dejar de tener una creencia p para la que tenemos evidencia abrumadora, pero si aún no creemos p , podemos evitar buscar esa evidencia; no podemos forzarnos a tener una creencia p si no tenemos razones epistémicas a favor suyo, pero podemos buscar evidencia); la aceptación, por el contrario, es el resultado de una decisión voluntaria.

De acuerdo con lo anterior, creer es una razón para aceptar, pero no la única. Puede haber aceptación por razones epistemológicas o de otro tipo (prudenciales, por ejemplo). Sin embargo, cuando se acepta por razones epistemológicas, entonces no basta con cualquier grado de justificación de la creencia, y el criterio para establecer qué grado de justificación es necesario es un criterio de tipo práctico relativo al contexto y a los fines del agente.

4.3. Estándar de prueba y aceptación

La noción de aceptación puede ser útil para dar cuenta de algunas de las actitudes proposicionales presentes en la prueba. Por ejemplo, cuando razonamos por medio de una inferencia probatoria normativa (es decir, cuando no valoramos las pruebas, sino que simplemente subsumimos los elementos de juicio en el supuesto de hecho de una norma que establece una presunción o determina un resultado probatorio), dado que las creencias no están completamente bajo nuestro control, no tiene sentido pretender que las normas pueden obligarnos a tener una u otra creencia. Sin embargo, si la aceptación es una acción voluntaria, las normas sí pueden obligarnos a aceptar una determinada hipótesis como premisa fáctica de la decisión judicial⁹. Algunas de estas normas exigen aceptación de un determinado resultado probatorio por razones epistémicas (nos obligan a aceptar porque hay razones para creer); otras, por razones prácticas (protección de algún bien jurídico). En los sistemas de prueba tasada, por tanto, se exige que el juez acepte los hechos probados, sin que se plantee si hay razones para creerlas.

La idea de aceptación puede iluminar también la noción de estándar de prueba. Recordemos que la valoración de la prueba sólo tiene sentido en el caso de las inferencias probatorias empíricas; de la misma manera, el problema del

9 Mendonca, D., "Presunciones", *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 28, 1998.

estándar de prueba sólo se plantea en este tipo de inferencias. Una norma que establece la obligación de dar por probado un hecho si se da cierta combinación de elementos de juicio (lo que hemos llamado una norma de presunción) establece -como hemos visto- que la afirmación de que ese hecho ha ocurrido debe ser aceptado: es ya un criterio de aceptación, de manera que no es necesario un nuevo criterio -el estándar- para saber si ese hecho debe ser aceptado o no. En los sistemas de prueba legal o tasada no se plantea el problema de la determinación del estándar de prueba (o, si se quiere, se puede decir que el legislador ya ha establecido un estándar de prueba rígido para cada caso). Pero en los casos de libre valoración de la prueba, sí es necesario un criterio que nos diga qué grado de justificación de la hipótesis es necesario para aceptarla, esto es, para tomarla como guía para la decisión judicial. En estos sistemas de libre valoración las razones para aceptar la hipótesis condenatoria son de dos tipos: por un lado, razones para creer (para reducir el error), que son los indicados por los criterios de valoración de la prueba; por otro lado, razones -si se quiere, de segundo nivel- para considerar suficiente el grado de certeza o justificación alcanzado, esto es, para aceptar. Estas razones de segundo nivel son de tipo práctico (relativas a cómo queremos distribuir el coste de las equivocaciones: en Derecho penal, por ejemplo, se asume que es más grave condenar a un inocente que absolver a un culpable, por lo que el grado de suficiencia exigido debe ser más elevado). Es decir, la hipótesis que se acepte debe estar epistemológicamente fundada, pero con un grado de justificación que ha de superar cierto umbral o reunir ciertos requisitos. Por ello es posible en los casos de valoración libre que el juez crea que la hipótesis es correcta, pero no la acepte (no supera el estándar de prueba), pero no puede ocurrir que el juez la acepte sin que existan razones para creerla (aunque *de hecho* el juez no la crea).

La distinción entre “creer” y “aceptar”, por último, puede arrojar luz también sobre una ambigüedad de la expresión “probado p”: esta expresión puede hacer referencia a que hay razones para *creer* “p” (en cuyo caso tiene un sentido descriptivo) o a que hay razones para *aceptar* “p” (en cuyo caso de nuevo es ambigua: puede ser una descripción que afirma la existencia de esas razones o puede expresar el performativo que constituye como probado “p”)¹⁰.

4.4. ¿Es posible un estándar de prueba preciso y objetivo?

El gran problema que plantea el estándar de prueba es el de encontrar una formulación objetiva del mismo. De acuerdo con la conocida crítica de Larry Laudan¹¹, las fórmulas que proponen nuestros ordenamientos jurídicos, al menos para el ámbito penal (“más allá de toda duda razonable”, “prueba de

10 Lo que es relevante para la discusión sobre la fuerza ilocucionaria de los enunciados probatorios. Véase Dei Vecchi, D., “Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios. El salto constitutivo”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 37, 2014.

11 Laudan, L., “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 28, 2005.

cargo suficiente”, “íntima convicción”), son vagas e imprecisas, con lo que acaban dependiendo de la estimación subjetiva del juez o del jurado, sin que cuente con la orientación de criterios racionales¹².

Para precisar este tipo de críticas, me parece que es importante distinguir dos tipos de problemas en los estándares de prueba, que tienen que ver con una ambigüedad de los términos “objetivo” y “subjetivo”. A veces, por “subjetivo” queremos decir que remite a actitudes subjetivas o estados mentales discrecionales del juzgador, como ocurre con el estándar de la “íntima convicción”: basta con que el juez esté convencido, sin que se exija que esa convicción sea racional, para que se considere que está justificada la declaración de hechos probados, con lo cual el criterio es arbitrario. Otras veces, “subjetivo” lo usamos en el sentido de “vago” o “impreciso” (porque, al ser impreciso, acaba decidiendo el juez discrecionalmente, de acuerdo con su criterio subjetivo). Ahora bien, la imprecisión o vaguedad de un concepto puede ser de dos tipos, que podríamos llamar vaguedad intensional (las condiciones necesarias y suficientes para la aplicación del concepto no están bien determinadas: por ejemplo, no está determinado cuáles son todas las notas definitorias de “libro”, “vehículo”, etc.) y vaguedad gradual (una de las notas definitorias del concepto es gradual, esto es, se puede poseer en mayor o medida, como ocurre con “calvo”, “alto”, “caliente” o “grado de confirmación”). Por ejemplo, cuando se habla de “duda razonable”, aunque se le dé un significado objetivo, queda por precisar qué se entiende por “razonable” y se debería evitar en esa precisión recurrir a otra propiedad gradual. Un estándar de prueba satisfactorio debería, entonces, determinar si el “grado de confirmación” de una hipótesis es suficiente como para aceptarla, y (1) debe hacerlo sin apelar a estados mentales (sino a criterios objetivos), (2) debe ser intensionalmente preciso y (3) debe enfrentarse al problema de que “grado de confirmación” es un concepto gradual (y no cuantificable): sin resolver esta cuestión, no puede servir como “umbral” o criterio de suficiencia. ¿Es posible todo ello? Creo que es posible interpretar los estándares sin que dependan de estados mentales subjetivos, pero soy mucho más escéptico respecto de que sus dos formas de vaguedad puedan ser reducidas de una manera satisfactoria que permita frenar la discrecionalidad del juez¹³. Trataré de mostrar las razones de mi escepticismo.

12 Para resumirlo con palabras de Juan Carlos Bayón, el estándar no debe ser subjetivo ni expresa ni encubiertamente. Bayón, J.C., “Epistemología, moral y prueba de los hechos. hacia un enfoque no benthamiano”, *Análisi e diritto*, 2008.

13 Laudan ha ofrecido varios ejemplos de cómo debería ser un estándar de prueba preferible frente a los tradicionales (sin por ello defenderlos, esto es, sólo a título ilustrativo); entre ellos, los siguientes:

(a) “Si es creíble la prueba acusatoria o un testimonio que resultaría difícil de explicar si el acusado fuese inocente y no es creíble la prueba exculpatória o un testimonio que sería muy difícil de explicar si el acusado fuese culpable, entonces condénalo. De otro modo absuélvalo”.
(b) “Si la historia de la acusación acerca del delito es plausible y usted no puede imaginar una historia plausible que muestre al acusado como inocente, entonces condénalo. De otro modo,

4.4.1. La vía del “probabilismo matemático”

Una primera vía consiste en tratar de cuantificar el grado de credibilidad de las hipótesis, esto es, encontrar un método para expresar matemáticamente la confianza que tenemos en una hipótesis (Susan Haack ha llamado "Probabilismo jurídico" al intento de hacer esto en el ámbito de la prueba judicial). Si esto fuera posible, si fuera posible de una manera objetiva cuantificar matemáticamente el apoyo que los elementos de juicio prestan a la hipótesis que se quiere probar (si pudiéramos decir, por ejemplo, que dadas tales pruebas la hipótesis queda confirmada en un 70% o un 90%, por ejemplo), entonces podría establecerse un estándar de prueba objetivo: habría que decidir si en el 90%, en el 95%, en el 87% o en la probabilidad que fuera, pero podríamos objetivizar el estándar de prueba. El problema de este intento de ofrecer un estándar objetivo es que no se cuenta con instrumentos satisfactorios para hacer este cálculo. Los intentos de aplicar el Teorema de Bayes al cálculo del grado de credibilidad de una hipótesis (que son los intentos más serios del "probabilismo jurídico") parecen suscitar enormes dificultades. El Teorema de Bayes trata de medir el impacto que una determinada prueba (o un conjunto de ellas) tiene sobre la probabilidad atribuida inicialmente (antes de esa prueba) a una hipótesis. El modo de proceder para su uso como estándar de prueba consistiría en establecer en primer lugar cuál es la probabilidad *a priori* que se asigna a la hipótesis de la culpabilidad y la aplicación de la fórmula indicará, dado el impacto de las nuevas pruebas, cuál es la probabilidad *a posteriori* de esa hipótesis. Si hemos establecido el estándar de prueba en un 95%, por ejemplo, lo habremos superado si la probabilidad *a posteriori* es igual o mayor. ¿Cómo asignamos la probabilidad *a priori*? En algunos casos es posible tener datos estadísticos que nos permitan esta asignación inicial de probabilidad, pero en la inmensa mayoría de los casos la asignación de la probabilidad *a priori*, que determina finalmente la probabilidad *a posteriori*, es totalmente subjetiva. Con ello, el estándar de prueba construido de esta manera no supera el problema de la subjetividad, sino que sólo lo traslada a otro momento. Las críticas de autores como J. Cohen, Susan Haack, Michele Taruffo, Larry

absuélvalo”.

(c) “Resuelva si los hechos establecidos por la acusación refutan cualquier hipótesis aun ligeramente razonable que usted puede pensar respecto de la inocencia del acusado. Si ellos lo hacen, usted debe condenarlo. De otro modo, usted debe absolver” (Laudan, L., “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, ob. cit., p. 108).

Creo que es fácil advertir que estas propuestas no logran superar la remisión a factores subjetivos (como la capacidad de imaginar historias o de pensar hipótesis plausibles a favor de la inocencia), no avanzan mucho en la reducción de la vaguedad intensional (remiten a nociones vagas como “si es creíble”, “plausible”, “difícil de explicar”, sin indicar cuándo debe ser creíble, plausible, etc.) y no solucionan el problema de vaguedad gradual (los conceptos a los que se remiten: credibilidad, plausibilidad, etc., son claramente conceptos graduales).

Laudan o Jordi Ferrer muestran la implausibilidad de esta vía de construir un estándar de prueba objetivo¹⁴.

4.4.2. El problema de la vaguedad intensional: La formulación del estándar a partir de una selección de criterios de valoración de la prueba

Supongamos que hemos llegado a un consenso respecto de un listado cerrado de reglas de valoración (por ejemplo, las 12 propuestas anteriormente). Entonces podríamos exigir que el razonamiento probatorio haya satisfecho un número mínimo de criterios: 7, 9, 10 o los que sean, en función de que queramos que el estándar sea más o menos exigente. Sin embargo, para que esto funcione sería necesario que estemos convencidos de que la conclusión de una inferencia que satisface un número mayor de estas reglas está siempre más justificada que una que satisface un número menor. Y esto no es así: Ya hemos visto que cada una de estas reglas se puede satisfacer en mayor o menor medida, de manera que sería posible que una hipótesis H1 satisfaga 9 criterios, pero en un grado bajo, y otra hipótesis, H2, satisfaga sólo 5, pero en un grado tan alto que compensara el menor número de reglas satisfechas, de manera que H2 podría estar más justificada que H1. Solucionar esto requeriría tener un criterio para determinar el grado necesario para *aceptar* que una regla se ha satisfecho, pero entonces nos topamos con la necesidad de un “estándar de cumplimiento” de cada regla, que reproduciría nuestros problemas (e iniciaría una regresión al infinito).

Otra posibilidad sería seleccionar algunas de estas reglas de valoración como especialmente relevantes (o exigentes) y hacer depender la aceptación de la hipótesis de su cumplimiento. Ya no se trataría de un criterio cuantitativo (que se satisfaga un número determinado de reglas), sino que el criterio sería cualitativo: Habría que satisfacer las reglas 7, 10 y 12, por ejemplo. Esta estrategia plantea similares dificultades: En primer lugar, la dificultad de determinar qué criterios o reglas son más relevantes y por qué (esto es, determinar que el cumplimiento del resto de reglas no puede compensar el incumplimiento de éstas); en segundo lugar, de nuevo habría que establecer un estándar para establecer si las reglas (que, recordémoslo, se pueden cumplir en mayor o menor grado) se han satisfecho en grado suficiente. En tercer lugar, si la aceptación requiere sólo tres reglas de racionalidad epistemológica, ¿quiere esto decir que el resto -por muy intuitivas que parezcan- son irrelevantes?

Me parece que las propuestas de estándar de prueba de Jordi Ferrer se enfrentan a estos mismos problemas. Una de sus formulaciones, por ejemplo, sería la siguiente: “para considerar probada la hipótesis de la culpabilidad deben darse las siguientes condiciones:

14 Véanse, por todos, Taruffo, M., *La prueba de los hechos*, Madrid: Trotta, 2002 y Cohen, L. J., *The probable and the provable*, ob. cit.

1) La hipótesis debe tener un alto nivel de contrastación, explicar los datos disponibles y ser capaz de predecir nuevos datos que, a su vez, hayan sido corroborados.

2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles, explicativas de los mismos datos, que sean compatibles con la inocencia”¹⁵.

Es fácil ver que la estrategia de Ferrer consiste en formular el estándar de prueba a partir de determinados criterios de valoración de la prueba: En el ejemplo señalado, que la hipótesis permita predecir nuevos datos (lo que coincide con nuestra regla 8 de valoración), capacidad explicativa (regla 10) y eliminación de hipótesis alternativas (regla 12). Mi argumento -de nuevo- es que, *dado que la determinación del grado de confirmación de una hipótesis requiere una evaluación holista, ningún subconjunto de los criterios de valoración de la prueba es en abstracto condición suficiente ni tampoco necesaria para alcanzar cierto grado de confirmación. Por tanto, nada nos asegura que este estándar esté exigiendo un grado de confirmación más alto (o más bajo) que el que exigiría un estándar basado en otros criterios de valoración.* El umbral de confirmación que pretende fijar un estándar de este tipo siempre puede ser alcanzado también por una hipótesis que no satisfaga ese estándar. Por tanto, no nos asegura que estemos minimizando el riesgo de error en la declaración de la culpabilidad en mayor medida de lo que lo podría minimizar otro estándar basado en otro subconjunto de los criterios de valoración. En palabras de Susan Haack: “Dado que la calidad de las pruebas tiene varias dimensiones diferentes (...) y que no hay forma de ordenar el relativo éxito o fracaso a través de estos diferentes factores, no hay garantía incluso de un orden lineal de los grados de aval”¹⁶. Cualquier estándar de este tipo estará poniendo unas condiciones arbitrarias, sin que podamos asegurar que estén haciendo la prueba más o menos difícil. Por el contrario, si el estándar trata de formularse incluyendo todos los criterios de valoración, o bien lleva a formulaciones vagas (escoger la hipótesis que sea la mejor explicación o la más creíble, por ejemplo) o bien impide la distinción entre valoración de la prueba y estándar de prueba.

4.4.3. El problema de la vaguedad gradual: La refutación de las hipótesis alternativas, ¿un criterio todo o nada?

Puede pensarse que la exigencia de refutación o eliminación de las hipótesis a favor de la inocencia que incluye la tercera de las propuestas de Laudan y la de Ferrer es un estándar más preciso y puede funcionar como “umbral”. La idea de refutación de todas las hipótesis alternativas es sugerente porque, por un lado, parece un criterio exigente y, por otro lado, podría

15 Ferrer, J., “Los estándares de prueba en el proceso penal español”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2007.

16 Haack, S., “El probabilismo jurídico. Una disensión epistemológica”, en Vázquez C., (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 80.

pensarse que una hipótesis se refuta o no como una cuestión “todo o nada”. Sin embargo, las cosas no son tan sencillas. Refutar una hipótesis consiste en mostrar que hay un hecho que es incompatible con esa hipótesis (refutación directa) o con una hipótesis derivada de ella (refutación indirecta). El esquema de estos razonamientos es el siguiente:

Refutación directa de la hipótesis A:

- 1) Supongamos la Hipótesis A
 - 2) La Hipótesis B es incompatible con la Hipótesis A (no pueden ser simultáneamente verdaderas)
 - 3) La Hipótesis B se acepta como probada (está suficientemente confirmada)
-

Por tanto, la Hipótesis A es falsa

Refutación indirecta de la Hipótesis A

- 1) Si la Hipótesis A es verdadera, la Hipótesis B también lo sería (la Hipótesis A implica la Hipótesis B).
 - 2) La Hipótesis B es incompatible con la Hipótesis C (no pueden ser simultáneamente verdaderas)
 - 3) La Hipótesis C se acepta como probada (está suficientemente confirmada)
 - 4) La Hipótesis B es falsa
-

Luego (por *modus tollens*) la Hipótesis A es falsa

Como puede verse, en ambos casos para refutar o eliminar una hipótesis hay que *probar* un hecho supuestamente incompatible, y tampoco tendremos - por la naturaleza del razonamiento probatorio- certeza absoluta sobre él. Cuando decimos que una hipótesis H1 ha quedado refutada, en realidad lo que estamos diciendo es que no es la hipótesis más probable (porque no estamos en el terreno de las certezas, sino de las probabilidades), sino que nos parece más probable una hipótesis H2 que asegura la existencia de un hecho incompatible (directa o indirectamente) con H1. De manera que la refutación es también una comparación entre varias hipótesis, es también gradual y de nuevo requiere un estándar de prueba. Es más, si refutar las hipótesis compatibles con la inocencia es mostrar que otra hipótesis (la de la culpabilidad) es más plausible, entonces se podría pensar que la refutación de las hipótesis absolutorias no es más que la otra cara de la moneda de la confirmación de la hipótesis condenatoria, y no un criterio distinto.

4.4.4. El problema de la medición de la eficacia de los estándares al distribuir el riesgo de error

Adicionalmente, un problema que plantean las anteriores estrategias (incluso la que recurre a la probabilidad matemática) es el siguiente: Una vez elegido el estándar, ¿cómo podemos saber que arroja el resultado pretendido respecto de la distribución del error? Si la finalidad del estándar es tratar de fijar una determinada *ratio* entre el número de falsas condenas y el de falsas absoluciones, deberíamos contar con un criterio (que debe ser distinto del proporcionado por el estándar) para contrastar que el estándar produce el efecto deseado, pero en el caso del proceso no contamos con ese criterio: una vez valoradas las pruebas y establecida que la hipótesis H es la mejor confirmada y que su grado de confirmación es suficiente, ya no tenemos (salvo en los escasos casos en los que aparecen nuevas pruebas más sólidas y se reabre el proceso) otra manera de establecer si H es verdadera o no. Como afirma Bayón, una vez formulado el estándar, “no habría garantía de que de su aplicación resulte exactamente la distribución del riesgo que se repute correcta”. Esta es una diferencia importante entre los criterios de aceptación o estándares de otros ámbitos (la medicina, la ciencia o incluso la vida cotidiana) y el Derecho. En el transcurso de mi vida yo aprendo por medio de la experiencia (a veces, dura experiencia) que si me fío de la información sobre el horario de los cines que ofrecen los periódicos para saber a qué hora empieza la película que me interesa o de lo que dicen los meteorólogos para saber qué tiempo hará dentro de un par de días, puedo acabar perdiéndome la película u organizando una merienda campestre desastrosa. Pero lo aprendo porque la realidad se acaba imponiendo. En el Derecho rara vez tenemos esta oportunidad de contrastación.

Me parece que las anteriores consideraciones apuntan en la dirección de que, aunque sea posible eliminar referencias directamente subjetivas de los estándares que pretenden señalar el grado de prueba exigido, no es posible formularlos de una forma precisa que permita superar su vaguedad intensional y su vaguedad gradual. El camino hacia el estándar de prueba preciso parece bloqueado.

No obstante, no todos los estándares de los que disponemos son completamente inútiles o contraproducentes. Algunos de ellos son, al menos, mínimamente informativos: Todo el mundo entiende que el criterio de confirmación “más allá de toda duda razonable” es más exigente que el de la “prueba preponderante” o el de “prueba clara y convincente”¹⁷; y que cuando

17 El estándar de la duda razonable no es tan inútil. Daniela Accatino ha mostrado que la mejor interpretación de este estándar no es la subjetivista (hay que condenar si el juez, de hecho, no tiene ninguna duda razonable), sino que cabe una interpretación objetiva (la duda debe estar justificada) que puede identificarse con la eliminación de las hipótesis absolutorias. Accatino, D., “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 37, 2011.

se exige para que haya prueba de cargo en los delitos de violencia de género la “ausencia de incredibilidad de la víctima” y la “corroboración por medio de otros datos” de su declaración, se está estableciendo un nivel de exigencia mayor que si bastara con su mera declaración¹⁸. Al menos, los estándares deberían transmitir la información de si la autoridad jurídica quiere establecer un nivel de exigencia mayor o menor, aunque no logren precisar cuál y, por tanto, si se ha alcanzado suficiente prueba acabe dependiendo de la estimación del juez y su buen criterio.

5. Una reflexión final

Como hemos visto, el problema de la formulación del estándar de prueba se plantea fundamentalmente en los casos de libre valoración de la prueba. Es más, es un problema causado por el abandono de los sistemas de prueba tasada. La excesiva rigidez de estos sistemas condujo a delegar en el juez (1) la responsabilidad de valorar la prueba y (2) la responsabilidad de determinar si la justificación de la hipótesis es suficiente para darla por probada. La búsqueda actual de los teóricos de la prueba de un estándar de suficiencia más preciso es -quizá, un tanto paradójicamente- un intento de mantener (1) pero reducir (2). Ahora bien, si no es posible satisfacer (2) por medio de un estándar de prueba preciso, una manera de reducir la discrecionalidad a propósito de la estimación de la suficiencia consiste en reducir la discrecionalidad a propósito de la valoración. Si se introducen reglas que determinan autoritativamente el resultado probatorio, éstas están haciendo simultáneamente (1) y (2). No estoy sugiriendo con ello que la prueba tasada y el estándar de prueba sean lo mismo, pero sí que estoy aludiendo a que una solución para reducir la discrecionalidad respecto a la determinación de la suficiencia del grado de confirmación consiste en volver a pruebas (legal o jurisprudencialmente) tasadas o a expedientes similares. Pero, entonces, nos encontramos nuevamente con las razones -excesiva rigidez- para evitar la prueba legalmente tasada. O quizá, simplemente, no sea compatible la libertad en la valoración de la prueba con la regulación precisa de los estándares de decisión y debemos procurar la distribución de los costes del error por otras vías.

18 En esta dirección, Mercedes Fernández López ha propuesto renunciar al intento de precisar un estándar de prueba con carácter general y, en cambio, tratar de concretar requisitos que deben cumplir los medios de prueba en cada tipo de casos para poder ser considerados prueba de cargo. Fernández López, M., “La valoración de las pruebas personales y el estándar de la duda razonable”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 15.