

ENSAYO: ¿POR QUÉ ES NECESARIO ESTABLECER UN ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROYECTO DE REFORMA AL PROCESO CIVIL?

ESSAY: WHY IS IT IMPORTANT TO INCLUDE IN THE CIVIL PROCEDURE REFORM BILL A STANDARD OF PROOF?

CLAUDIO FUENTES MAUREIRA*
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

RESUMEN: El presente ensayo busca cuestionar la decisión del legislador de no establecer en el proyecto de reforma al proceso civil la figura del estándar de prueba o convicción. Se sostiene que la sola regulación de la sana crítica es insuficiente, dado que esta si bien establece parámetros para la valoración racional de la prueba, no contesta la pregunta acerca de cuanta prueba es necesaria para dar un hecho por cierto. Asimismo, el texto busca dar cuenta de las diversas funciones que una institución como el estándar de prueba viene a cumplir y las consecuencias que se derivan de su ausencia. Finalmente el trabajo se hace cargo de los argumentos presentados por el legislador para justificar su decisión, argumentos que a juicio del autor son errados.

PALABRAS CLAVE: Derecho probatorio, Sana crítica, estándar de prueba, estándar de convicción, valoración de la prueba, reforma procesal civil.

ABSTRACT: *The following essay criticises the lawmakers' decision to avoid setting in the civil procedure reform an standard of proof. It is argued that the sole setting of a rational evidence framework is not enough, given that such regulation does not answer the question of when the evidence submitted by the parties is sufficient so the judge can conclude that certain facts are true. Likewise, the essay seeks to give an account of the different roles the standard of proof as a legal institution fullfills and highlights the consequences of its omission. Finally, this work confronts the lawmakers' justifications for their decision, reasons that are deemed incorrect.*

KEY WORDS: *Evidence law, rational evidence, standard of proof, standard of evidence, evaluation of evidence, civil procedure reform, civil procedure.*

* Abogado y Magíster en Derecho Penal y Procesal penal por la Universidad Diego Portales. Doctor of the Science of Law (J.S.D.), Stanford University. Profesor de Derecho Procesal, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. El autor desea agradecer los comentarios de la Profesora Macarena Vargas Pavez.

El presente artículo fue originalmente escrito para un libro en homenaje al profesor Carlos Pecchi Croce. Lamentablemente ese libro nunca vio la luz. Con todo, la oportunidad de revisar el artículo y publicarlo en esta prestigiosa revista permite dejar testimonio del homenaje que pretendía rendir. "Reddite ergo quae sunt Caesaris Caesari, et quae sunt Dei Deo".

I. INTRODUCCIÓN

El derecho, y en particular el derecho procesal, no escapan al inexorable paso del tiempo y al avance del conocimiento humano. Nuestra historia judicial da cuenta de esta realidad.

Las reformas judiciales iniciadas el año 2000 son un ejemplo patente de innovación tecnológica desde la perspectiva de la introducción de modificaciones al ritual procesal con la intención de hacerlo acorde a las necesidades contemporáneas. Así, tal como el sistema operativo de un computador, nuestro sistema procesal ha enfrentado “upgrades” o actualizaciones que buscan perfeccionarlo. Los “upgrades” que se han incorporado son de diversa naturaleza y relevancia; algunos de ellos pequeños, primordialmente destinados a afinar algún detalle del sistema, y otros completamente distintos - grandes y estructurales. Pertenece a esta última clase la introducción de la sana crítica en nuestro sistema procesal.

Al respecto, puede afirmarse que el legislador ha optado por cambiar una buena parte del sistema operativo del ritual procesal, dejando de lado el sistema de la prueba legal y reemplazándolo por uno distinto, supuestamente más moderno, llamado de la sana crítica. Como dan cuenta importantes comparativistas, el paso de la prueba legal a la sana crítica o valoración racional de la prueba supone la conclusión de un proceso de evolución importantísimo, en donde se cuestionaron los principales rasgos del sistema de la prueba legal¹. Así, gracias a las influencias de otras áreas del conocimiento, el mundo judicial comprendió que la realidad es tan compleja y particular que la pretensión del legislador de establecer juicios de valoración probatoria *apriorísticos* y *absolutos* es equivalente a intentar tapan el sol con una mano². Asimismo, esta evolución supuso comprender que el protagonista del proceso, al menos en lo que se refiere a la verificación de los hechos que las partes proponen no era legislador, sino que el juez, ya que solo éste se encuentra en una posición privilegiada para desarrollar de la forma más eficiente dicha labor.

Hoy el legislador chileno nuevamente vuelve a confiar en la sana crítica como el mejor mecanismo para valorar los medios de prueba y por ello en el proyecto de ley de reforma al proceso civil ha incorporado un diseño procedimental acorde con aquel³. Con todo, a pesar de las intenciones modernizadoras del legislador, este ha cometido un error en el proyecto, ya que considera a la sana crítica como una herramienta completa y autosuficiente, mientras que en realidad se trata de un mecanismo incompleto.

Surge la pregunta acerca de qué le falta a la sana crítica para dejar de ser un mecanismo incompleto y la respuesta, ya identificada en otros países en donde opera el principio de la libertad de prueba y la valoración racional de esta, es la explicitación de un estándar de prueba. Un estándar de prueba, solo a modo de introducción, supone el establecimiento de un umbral de satisfacción por parte del legislador, el cual le comunica al juez cuando se encuentra autorizado a dar un hecho por cierto.

Ahora bien, es importante mencionar que el error del legislador en esta materia no deriva de su desconocimiento de esta institución, sino que de una serie de ideas y premisas incorrectas, las cuales explicita con total claridad en el mensaje del proyecto de ley que busca reformar nuestra justicia civil⁴, concluyendo que para la reforma no es necesario contar con un estándar de prueba y que, en resumen, la sana crítica sería un herramienta suficiente para el proceso de valoración y determinación de los hechos probados.

¹ Véase CAPPELLETTI, MAURO, *El proceso Civil en el Derecho comparado*, Lima: ARA Editores, 2006, pp. 102 y ss.

² “El pensamiento moderno puede admitir que sea una válida *máxima de la experiencia* la de que cuatro ojos ven más que dos; pero niega el carácter *absoluto* de tal *máxima de la experiencia*, o se niega que se trate, más bien que de una mera *máxima de experiencia* (que en el caso concreto puede manifestarse como no correcta), de una verdad absoluta e inderogable, vinculante, por consiguiente para el juez”. *Ídem*.

³ Véase artículos 286 a 295 Proyecto de Reforma Procesal Civil, boletín 8197-07.

⁴ *Id.* pp. 21-22.

El problema de lo anterior es similar a lo que ocurre con cualquier pieza tecnológica incompleta, si esta no es reparada de forma adecuada seguramente tendrá problemas de funcionamiento, lo que finalmente repercutirá en la operatividad general del sistema. Para evitarlo me propongo mostrar que es vital contar con un estándar de prueba que se complemente adecuadamente con la sana crítica, por lo cual pretendo hacerme cargo de los argumentos, que considero errados e incompletos, que el legislador ha esbozado para omitir esta institución.

En consecuencia el presente ensayo se dividirá en seis secciones, incluyendo esta introducción. En la segunda sección, la más extensa de este documento, me haré cargo de explicar de qué forma opera la sana crítica, intentando graficar sus limitaciones. Posteriormente explicaré con detalle qué es un estándar de prueba, para a continuación referirme a las funciones que cumple. Más adelante daré cuenta de los riesgos que se corre en un sistema judicial si no se cuenta con esta herramienta. Finalmente, me referiré a los restantes argumentos que el legislador ha esbozado para justificar la no inclusión de esta herramienta en el proyecto de reforma.

II. LOS LÍMITES DE LA SANA CRÍTICA

No es mi objetivo definir en qué consiste la sana crítica. Tampoco me interesa referirme acerca de su relevancia. Todo ello lo daré por cierto, dada la vasta cantidad de información que a este respecto existe. Mi objetivo es otro y consiste en demostrar que se trata de un mecanismo incompleto.

Para lo anterior comenzaré recordando la idea general detrás de la sana crítica, que dice relación con introducir criterios de racionalidad a la valoración de la prueba. Como consecuencia de este rasgo es que la sana crítica es usualmente presentada como un método de valoración de la prueba cuya principal virtud es rescatar los mejores atributos de la prueba legal y de la libertad de prueba, al establecer límites a la labor de valoración que realiza al juez, pero manteniendo un importante grado de flexibilidad en su proceder⁵.

Esta flexibilidad deriva de dos ideas. Por un lado, la sana crítica demanda que el juez no se vea restringido por valoraciones apriorísticas y absolutas establecidas por el legislador. Por otro lado, si bien permite que se establezcan límites, éstos se establecen mediante criterios de valoración configurados en formato de principio o directriz y no en formato de regla⁶. Dado lo anterior el juez se verá compelido por ellos, no obstante igualmente gozará de un buen nivel de discrecionalidad al momento de irlos concretizando en el caso particular; estos criterios son las máximas de la experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y las reglas de la lógica.

Es del todo ilustrativo considerar de qué forma opera la sana crítica al momento de asistir al juez en su proceso de valoración probatoria. Para estos efectos me basaré en el siguiente ejemplo.

En el contexto de un juicio de responsabilidad extracontractual el juez está observando la declaración de un testigo que ha sido presentado por la parte demandante el cual hace referencia a las circunstancias en las que ocurrió el ilícito civil.

En este punto no debe olvidarse que la sana crítica no solo supone apelar a la razón para valorar la prueba, sino que establece como exigencia la construcción de un fallo intersubjetivamente controlable, vale decir, que pueda ser comprendido por un tercero que no presenció el juicio⁷.

⁵ CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO, *Valoración de la prueba. Sana crítica*, Santiago: Librotecnia, 2009, p. 28. COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Editorial BdeF, cuarta edición, 2007, p. 222.

⁶ Sobre esta distinción, de la que mucho se ha escrito, véase SCHAUER, Frederick, *Pensar como un abogado*, Marcial Pons, 2013, pp. 195 a 208.

⁷ DAMASKA, MIRJAN, *Free Proof and Its Detractors*, en *The American Journal of Comparative Law*, Vol 43, No 3, 1995, p. 345.

Por lo mismo, el juez, al momento de redactar el fallo, aunque posiblemente incluso al momento de escuchar el testigo, deberá determinar con exactitud las razones que tiene para asignar o no credibilidad a dicha declaración. Ahora bien, supongamos que el juez se formó una opinión durante el juicio de que el testigo no es creíble.

Si el juez se percata de que la declaración del testigo no le pareció verosímil dado que, por ejemplo, el testigo tuvo actitudes prepotentes hacia el abogado al responderle de forma cortante, riéndose de sus preguntas, éste deberá preguntarse al momento de redactar el fallo si dichas circunstancias, a la luz de la sana crítica, son suficientes para constituirse en un criterio racional de valoración que justifica la falta de asignación de peso probatorio a tal testimonio. A priori podríamos decir que generalmente la respuesta será negativa, ya que está únicamente basada en una impresión.

Supóngase ahora que el juez considera que el mismo testigo no es creíble, ya que éste señaló que el accidente se produjo debido a que el conductor manejaba el automóvil con sus pies, sosteniendo en una mano un vaso de café caliente y en la otra el periódico.

En este caso las máximas de la experiencia nos indican que es posible que una persona que maneja distraídamente atropelle a otra. Asimismo, es posible que la causa de aquella distracción sea el conducir mientras se bebe un líquido caliente o se sostiene un periódico. Pero las máximas de las experiencias dicen que no es común, a menos de que estemos en un show circense, que las personas normales manejen con sus pies, lo que orientará al juez respecto de no conceder valor probatorio a sus dichos. En este caso las máximas de la experiencia operan como un parámetro de valoración a la historia que se nos ha relatado.

De ambos ejemplos puede deducirse que la sana crítica durante el proceso de valoración de la prueba opera realmente como un límite o una señal de “alerta”, indicándole a los jueces hasta donde pueden llegar en los juicios de credibilidad que realizan. Si la información es incompatible con los parámetros previamente indicados, el juez sabe ya que dicha información no puede ser fundamento de su decisión y en este tipo de casos la sana crítica se muestra como un criterio útil y decisivo. Ahora imagine lo siguiente.

En el mismo caso del accidente de tránsito, la parte demandante presenta diversos testigos dando cuenta de que el conductor manejaba de forma descuidada. La misma parte afirma que la negligencia se manifiesta en el hecho de que el conductor iba tomando un vaso de café al momento del accidente. Esta versión de cómo ocurrieron los hechos es refrendada por dos testigos que indican haber visto al conductor con un café en sus manos mientras conducía. Para estos efectos asumiremos que la distancia de los testigos respecto al hecho y la forma en cómo lo observaron no levantan sospechas.

A este escenario sume la prueba de la demandada, quién presenta un testigo que indica que nunca vio en las manos del conductor un vaso de café y que señala que el accidente ocurrió debido al actuar imprudente del actor. Además el demandado presentó una fotografía tomada el día de los hechos, en donde se da cuenta de que el asiento del conductor no presenta mancha alguna de café derramado.

Hasta el momento tenemos dos historias verosímiles, ambas refrendadas por medios de prueba de los cuales se pueden extraer afirmaciones de hecho cuyo contenido no sobrepasa los límites de la sana crítica. Surge así la siguiente pregunta: ¿De qué forma la sana crítica permite determinar la veracidad de los hechos cuando la información que es posible extraer de determinados medios de prueba, si bien no sobrepasa los límites de ésta, es contradictoria con otros medios de prueba?

Con respecto a la última afirmación igual podría sostenerse por alguien crítico a esta his-

toría que faltan los detalles y que en ellos se encuentra la verdad. Eso es cierto, pero el punto que deseo marcar, al cual podemos recurrir mediante nuestra experiencia común, es el hecho de que es perfectamente posible conocer dos versiones contradictorias sobre la ocurrencia de un hecho, ambas apoyadas por mecanismos de confirmación, que resultar ser igualmente lógicas, verosímiles y acordes al conocimiento científico.

Con todo, podría sostenerse que la sana crítica si permite resolver este tipo de casos, cuando se realiza una valoración global u holística de los medios de prueba. Se sostiene que el análisis comparativo de un determinado medio de prueba con los restantes, mediante el recurso a los mismos parámetros sería suficiente para resolver la controversia. Por ejemplo, si un testigo indica que vio al conductor con un vaso de café en la mano, pero igualmente existe una fotografía que da cuenta de que no hay mancha de café derramado en el tapiz del auto a pesar del accidente, se produce el problema de que ambas conclusiones no serían capaces de coexistir, no obstante la referencia a los parámetros de la sana crítica permitirían resolver a qué medio de prueba dar mayor peso probatorio.

Al respecto puede razonarse del siguiente modo: si el contenido de la fotografía es incompatible con lo afirmado por el testigo, debe preferirse la fotografía y las conclusiones que se extraen a partir de ella, en razón de la sana crítica. Los conocimientos científicos disponibles apoyan otorgar un mayor peso probatorio a la fotografía, dado que existe información cuantificable que da cuenta de que los testigos cometen diversos errores al momento de percibir determinados hechos, mientras que la fotografía, por su propio método de producción no presenta dichas dificultades y es por tanto un medio de prueba más fiable. Asimismo, las máximas de la experiencia dan cuenta de que mientras más cerca se encuentre el juez de la fuente de información sobre la ocurrencia de un hecho, mejor calidad tendrá dicha información. Entre escoger un testigo, quien está relatando algo que ocurrió cierto tiempo atrás y la fotografía, que el juez está percibiendo en ese mismo momento, la racionalidad sugiere que debe dar mayor peso a ésta última.

Sin embargo, en este caso no solo existe un testigo que avala la versión del demandante, sino dos, respecto de los cuales se indicó que la forma en que percibieron el hecho y la distancia respecto del suceso no levantaban sospechas. Ahora debe el juez resolver si la confiabilidad de la fotografía es tan poderosa como para descreer a dos testigos presenciales. La tarea se complejiza, ya que se incorpora a la ecuación otra máxima de la experiencia que dice “cuatro ojos ven mejor que dos”.

No está en discusión que la valoración holística de la prueba aumenta la utilidad de la sana crítica, sin embargo, en el presente caso no parece proveernos de un criterio decisivo para decidir si la prueba presentada es suficiente para dar el hecho por cierto. Esto se vuelve cada vez más complejo en la medida que el valor probatorio de cada medio es mayor. ¿Cómo podemos salir de este *impasse*?

Una situación relativamente similar se encuentra regulada a propósito de la prueba testimonial en nuestro actual Código de Procedimiento Civil (en adelante “CPC”); si el conflicto es entre número igual de testigos, el artículo 384 n° 5 le indica al juez que no puede dar por probado el hecho. El legislador entiende que el *impasse* es insuperable en este escenario.

En el caso de otros medios de prueba que se contradicen entre sí, el CPC da una solución menos que satisfactoria; el artículo 428 señala que el juez debe preferir aquellos medios que sean más conformes a la verdad, en otras palabras, la actitud del legislador es ceder completamente su “poder” al juez que enfrenta el caso, indicándole que lo deja a “su criterio” y por tanto la situación no se resuelve mediante una regla de valoración que sustituya el criterio del tribunal.

Un último intento por salir de este embrollo probatorio sería recurrir a la regla del 1698

del Código Civil (en adelante “CC”), la regla de la carga de la prueba, la cual establece quién debe probar y qué pasa si dicha persona no prueba.

Lamentablemente esto no es lo que ocurre en el ejemplo. Es decir, no se trata de un caso en que la parte no presentó prueba, al contrario, presentó diversos medios. ¿De qué manera entonces la regla de la carga de la prueba permite resolver este problema? La respuesta es de ninguna forma, ya que la regla de la carga de la prueba no conlleva una regla implícita que permita saber si la “cantidad” y la “calidad” de la prueba presentada es suficiente o no para dar un hecho por cierto⁸.

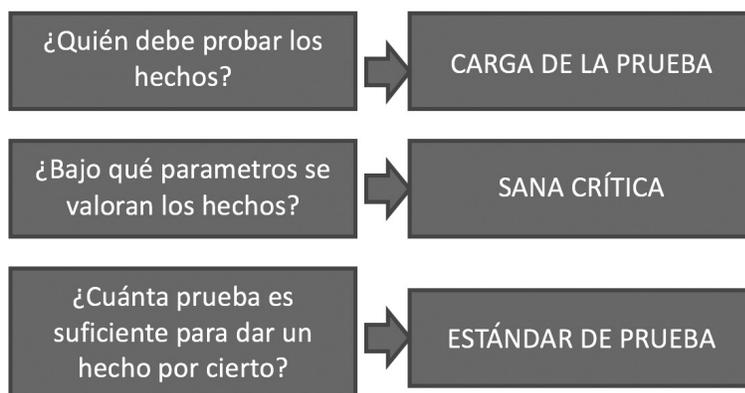
La sana crítica se enfrenta a un escenario en donde ambas versiones y sus medios de prueba respectivos son plausibles y no la transgreden, y en donde la carga de la prueba no permite determinar si la prueba es o no suficiente.

Desde esta perspectiva es que se sostienen en este ensayo que la sana crítica es un mecanismo incompleto, ya que su utilidad para el juez al momento de valorar la prueba es limitada; en aquellos casos en donde ambas partes presentan versiones sustentadas por medios de prueba lógicos, según la experiencia y acordes a la ciencia, ésta no permite discriminar por sí sola acerca de qué versión de los hechos debe prevalecer.

El *impasse* sigue ahí. ¿Cómo podemos resolver? En mi opinión mediante la incorporación de un mecanismo probatorio adicional, llamado estándar de prueba y sobre el cual me referiré en la siguiente sección.

III. ¿PARA QUÉ SIRVE UN ESTÁNDAR DE PRUEBA?

La postura que este documento avala sostiene que la sana crítica como instrumento destinado a asistir al juez en la valoración de la prueba es una herramienta de utilidad limitada. Igualmente, la regla de la carga de la prueba no resuelve el problema dado que tiene otro objetivo. Se afirma que es necesario incorporar una tercera herramienta, el estándar de prueba o de convicción, ya que esta cumple una función que las otras dos no desarrollan. El siguiente gráfico explicita claramente el sentido de los tres mecanismos:



Es importante mencionar que, como veremos, la institución del estándar de prueba no es ajena por completo a nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de lo anterior, se observará que algunas de sus dimensiones, quizás las más relevantes a estos efectos, si son desconocidas para nuestra realidad.

⁸ Esto es lo que MUÑOZ SABATÉ denomina “dosis de prueba”. Véase MUÑOZ SABATÉ, LLUIS, *Fundamentos de la prueba judicial civil*, LEC 1/2000, Bosch, Barcelona, p. 169 y ss.

Una primera dimensión desde la cual puede explicarse qué es un estándar de prueba, y que si conoce nuestro sistema judicial, dice relación con su función más elemental la cual es dotar al juez de un parámetro que le indique con la máxima claridad posible cuando la prueba que ha recibido es suficiente para dar un hecho como cierto⁹.

Se trata entonces de un mensaje establecido en la ley, en el cual el legislador le indica al juez cuando un medio de prueba, bajo qué condiciones y circunstancias, es suficiente para dar por cierta las conclusiones fácticas que se desprenden de él. Desde esta perspectiva el lector podrá notar que la institución del estándar de prueba no constituye novedad en nuestro ordenamiento jurídico, siendo posible identificar una serie de normas que cumplen esta función, tanto en nuestro Código Civil como en el actual Código de Procedimiento Civil. Sin ánimo de agotar todas las normas que contienen estándares de prueba, pueden mencionarse las siguientes.

En materia de filiación se encuentran los artículos 199 y 200 del Código Civil. En el primero, en su inciso segundo, se indica “El juez podrá dar a estas pruebas periciales, por sí solas, valor suficiente para establecer la paternidad o la maternidad, o para excluirla”. Asimismo, el segundo artículo, referido a la posesión notoria de la calidad de hijo, señala “se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable”.

Ambos artículos comunican al juez con eficiencia, qué medios de prueba (bajo qué circunstancias de calidad y cantidad) son necesarios para dar un hecho por cierto. En el caso del 199 se comunica que el examen de ADN es por sí solo suficiente para establecer si una persona es o no hijo de otra. En el caso del artículo 200 el mandato es un poco más vago, no obstante indica que debe tratarse de más de un medio de prueba, en donde la sola prueba testimonial es insuficiente.

Más adelante, el Código Civil en el título de la prueba del estado civil en el artículo 305 señala “La edad y la muerte podrán acreditarse o probarse por las respectivas partidas de nacimiento o bautismo, y de muerte”. Este es otro ejemplo, bastante simple, en donde el legislador establece una orden explícita al juez de qué prueba es necesaria para dar este hecho por cierto.

Similares reglas se encuentra en el título de la prueba de las obligaciones, por ejemplo, en el artículo 1713 que indica “La confesión que alguno hiciere en juicio por sí (...) y relativa a un hecho personal de la misma parte, producirá plena fe contra ella”.

En materia procesal, en el CPC, es posible encontrar el artículo 384 n° 2 previamente citado. “La de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legamente examinados y que den razón de sus dichos, podrán constituir plena prueba cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario”. Se trata de una norma que permite identificar con precisión qué circunstancias deben darse para que el juez esté autorizado a dar el hecho por verídico.

Empero, la institución de los estándares de prueba en el derecho comparado presenta ciertos rasgos que bajo nuestro sistema no se han desarrollado. En esos rasgos o peculiaridades es en donde veremos que el estándar de prueba deviene en una necesidad para nuestro futuro sistema procesal civil. Para entender estas diferentes funciones, debemos comprender la forma en que el sistema probatorio influye en la configuración del estándar de prueba y las funciones que viene a cumplir.

El arranque de los sistemas de la libertad de prueba en el mundo anglosajón es la ausencia, debido a la existencia del jurado, de un conjunto de reglas técnicas y precisas en donde el legislador

⁹ Véase LAUDAN, LARRY, Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar, en *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 (2005), p. 104 a 107.

estableciese bajo qué hipótesis debe darse un hecho por cierto¹⁰. Esto resulta evidente dado que el jurado estaba compuesto por personas legas, que no sabían leer y escribir. Asimismo esto justifica que los jurados no tengan obligación de fallar razonadamente. Asimismo, esto explica porqué en el *common law* la regulación probatoria abunda en la etapa previa al juicio, de admisibilidad de la prueba, más no al momento de determinar la ocurrencia de los hechos¹¹.

Ahora bien, se vuelve vital para el sistema anglosajón el desarrollar una explicación de estándar de prueba que dar a los jurados, ya que si bien su rol no era desarrollar complejos razonamientos jurídicos, si era importante que contasen con alguna orientación respecto a cómo realizar el juicio fáctico, ya que ese era su rol¹². Esto explica, a mi parecer, porque los sistemas anglosajones no tienen muchas reglas específicas que den cuenta de diversos estándares de prueba, sino que solo reglas generales, dado lo inoficioso que sería que personas legas tuviesen que recurrir a complejas reglas técnicas a este respecto.

Adicionalmente, en el sistema del *common law*, la permeabilidad del derecho a otras ciencias tuvo importantes consecuencias en esta materia. En un inicio se entendía que el estándar de prueba especialmente para temas criminales era el de la certeza¹³. Con todo, la influencia de la filosofía, entre ellos John Locke y John Wilkins, introdujo la idea de que a excepción de las matemáticas y la lógica, en otros asuntos de los seres humanos la certeza absoluta no era una opción¹⁴. De esta forma en los juicios se comenzó a operar con un nuevo tipo de certeza, la moral, la cual aceptaba y comprendía que una expectativa de prueba 100% indubitada no era razonable al momento de hacer el juicio fáctico.

Esta noción fue predominando poco a poco y la consecuencia lógica de su aceptación por parte del sistema anglosajón es determinante en el concepto que tienen del estándar de prueba. La idea que predomina es la siguiente: *los juicios orales son una cuestión de probabilidades*¹⁵. En otras palabras, se acepta abiertamente por dicha cultura jurídica que el establecimiento de la verdad, entendida como un hecho indubitado, es una cuestión excepcional en materia judicial y que lo mejor a lo que se puede aspirar es a realizar un juicio acerca de la mayor o menor probabilidad respecto de la ocurrencia de un hecho.

Ambos rasgos dan cuenta de la perspectiva que los sistemas anglosajones tienen de la relación entre el sistema probatorio y el estándar de prueba. Dado que no existen reglas que determinen todos los casos en donde se debe tener un hecho por cierto, unido al hecho de que la decisión acerca de su ocurrencia es tomada por personas legas, fue necesario desarrollar pocos estándares de prueba, de aplicación general, que constituyesen una instrucción clara y simple en la cual se comunicara de manera efectiva qué expectativa probatoria deben tener al momento de juzgar la prueba y de la cual se desprendiese con claridad esta noción del juicio como una cuestión de probabilidades.

Si examinamos los estándares de prueba que existen el sistema del *common law*, observaremos estos rasgos. En dicho sistema se contemplan al menos dos estándares, siendo el tercero una invención de Estados Unidos y cuya aceptación es discutido en otros países como Inglaterra. Estos

¹⁰ CAPPELLETTI, ob. Cit, p. 96 y ss.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Es un punto importante recordar la clásica distinción anglosajona entre el “tribunal de derecho” y el “tribunal de hecho”, siendo el primero el juez y el segundo el jurado. Debe recordarse que la decisión acerca de la ocurrencia de los hechos es tanto o más importante que la aplicación del derecho. Lo anterior ha sido dejado de lado por nuestro sistema.

¹³ SHAPIRO, Barbara, *Beyond Reasonable doubt and probable cause: historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, California, University of California Press, pp. 253-255.

¹⁴ LAUDAN, LARRY, *Is Reasonable Doubt Reasonable?*, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1152883>

¹⁵ CLERMONT, KEVIN Y SHERWIN, EMILY, *A comparative View of Standards of Proof*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, No 2, 2002, p. 251, “Todos están de acuerdo, que como una cuestión de racionalidad, que el establecimiento de la veracidad acerca de los hechos alegados es típicamente cuestión de probabilidades (...)” (la traducción es mía).

estándares son *más allá de toda duda razonable* para los juicios criminales y *la preponderancia de la evidencia* para los juicios en materias no penales.

De sus nombres puede deducirse el juicio probabilístico que ambos conllevan. La diferencia está en qué tan probable debe ser el hecho para que el tribunal lo de por cierto. Así en el caso de *más allá de toda duda razonable*, su formulación da cuenta de forma prístina que es posible condenar a una persona teniendo dudas, solo que no aquellas que sean “razonables”, lo que da a entender el nivel de certeza o la altísima probabilidad de que el hecho imputado haya ocurrido. A su vez, el estándar de la *preponderancia de la prueba* indica que un hecho se encuentra probado, cuando su ocurrencia es más probable que su no ocurrencia¹⁶. Nuevamente se trata de una regla general, que comunica el nivel de exigencia que se requiere para probar un hecho, bastando su probable ocurrencia.

En contraste con lo anterior se encuentra el sistema de la prueba legal que impera entre nosotros. Dicho sistema comienza de un punto de partida distinto, el que se caracteriza por la desconfianza en el rol del juez y el poder concentrado del rey. De esto se ha escrito bastante, por lo que solo haré un par de referencias.

Se trata de un escenario en donde el poder para juzgar derivaba del rey y por tanto el juez de primera instancia no tenía peso político ni jurídico. Sus decisiones eran esencialmente revocables dado que el poder que ejercía no era propio, sino delegado. Para ello se establecía un sistema escrito, mediante la construcción de un expediente que podía ser revisado por el tribunal superior, hasta llegar a la máxima autoridad¹⁷.

Consustancial con lo anterior, el sistema de prueba legal era una forma de restricción al criterio del juez, mediante el cual el rey se aseguraba que se cumplieren sus órdenes, a través del establecimiento de reglas predeterminadas y de carácter absoluto, es decir, reglas que contenían juicios de valor sobre la capacidad probatoria de los medios de prueba cuyo carácter absoluto impedía que el juez las desconociera. Para maximizar este efecto de restricción, al sistema de la prueba legal no le bastaba con establecer unas pocas reglas, sino que debía enarbolar un complejo conjunto de reglas que interactuaban entre sí, con la finalidad de efectivamente restringir el juicio del juez¹⁸.

Estos rasgos tienen diversas consecuencias. En primer lugar, la perspectiva del juicio como una cuestión de probabilidades no tiene sentido, ya que se opera con una verdad “formal”, derivada de la aplicación de las reglas apriorísticas e incuestionables que el legislador había establecido. ¿Qué sentido tiene que el juez, en un sistema como éste, piense en probabilidades cuando lo importante es la aplicación de las reglas del legislador, las cuales por sus propios rasgos son tan gruesas que no son capaces de captar los matices de la realidad? Lo importante, el foco de atención, es que los dos testigos que dicen lo mismo, superan a uno solo que dice algo distinto. Si el testimonio del único testigo es más sólido, no es el punto principal.

En segundo lugar, el establecimiento de un estándar de prueba general o global no era algo necesario, ya que se trataba de una persona con conocimientos jurídicos, que debía ser capaz de manejar un entramado complejo de reglas de distribución de valor probatorio.

Esta lógica, con algunos matices, puede ser observada en nuestra propia regulación, en la medida que el legislador obliga al juez a dar determinados hechos como ciertos cuando a determi-

¹⁶ Solo a modo ilustrativo, las reglas de evidencia de Puerto Rico señalan; “En los casos civiles, la decisión de la juzgadora o del juzgador se hará mediante la preponderancia de la prueba a base de criterios de probabilidad, a menos que exista disposición al contrario. En los casos criminales, la culpabilidad de la persona acusada debe ser establecida más allá de duda razonable”. Véase http://www.ramajudicial.pr/Prensa/2009/02-26-09/REGLAS_EVIDENCIA_2009.pdf

¹⁷ DAMASKA, MIRIAN, *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*, editorial jurídica de Chile, 2000, pp. 86 y ss.

¹⁸ CAPPELLETTI, ob. Cit, pp. 92 a 96; Damaska, *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*, ob. Cit, p. 98.

nados medios de prueba, o su combinación, les asigna el efecto de “plena prueba”. Un ejemplo de lo anterior es la regla del artículo 1700 del Código Civil que indica “El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha...”; en este caso el legislador ordena al juez diciéndole qué debe dar por cierto o fuera de discusión fáctica cierto contenido de un instrumento público. Igualmente recuérdese el caso del artículo 384 n° 2 del CPC, previamente citado.

De esta explicación se desprende con claridad que si bien ambas culturas jurídicas comprenden el concepto del estándar de prueba, en cada uno de ellas tiene connotaciones distintas. El punto a destacar en este documento radica en la siguiente idea: en la medida que el nuevo Código Procesal Civil se aleja del sistema de la prueba legal y se acerca al de la libertad de prueba, se hace necesario manejar un concepto de estándar de prueba más cercano a sus rasgos en el mundo del *common law*. En el proyecto de ley el juez, por regla general, no cuenta con normas específicas para cada caso que le digan cuanto “pesa” cada medio de prueba y es necesario por tanto dar alguna orientación mediante un estándar de prueba general acerca de cuanta expectativa probatoria debe tener.

IV. LAS DIVERSAS FUNCIONES QUE CUMPLEN LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA¹⁹

Además de la función elemental a la que previamente hice referencia, un estándar de prueba viene a cumplir a mi juicio con, al menos, otras dos funciones. En primer lugar, supone una decisión política sobre la distribución del riesgo de error en las decisiones de los tribunales de justicia y, en segundo lugar, se constituye como herramienta para construir fallos que sean intersubjetivamente controlables.

1. La decisión política que conlleva el estándar de prueba

En toda actividad humana está la posibilidad del error. Pensar que la actividad judicial está ajena a esta realidad supone atribuirle al proceso capacidades de las que carece.

Frente a esta realidad los sistemas judiciales han asumido diversas posturas; algunos de ellos distinguen entre verdad material y formal (reconociendo el problema, aunque negándole toda relevancia), otros estableciendo un sistema de plena prueba (sin reconocerlo, ya que no era lo relevante) y en aquellos países en que predominaba el principio de la libertad probatoria se estableció la figura del estándar de prueba.

Desde esta perspectiva, la virtud que tiene el estándar de convicción es que explicita para todos los usuarios del sistema judicial la posibilidad del error²⁰. Así, un estándar de convicción comunica la potente idea de cuanta prueba es necesaria para satisfacer los intereses de la justicia en un determinado caso y, quizás más importante, cuánto error estamos dispuestos a aceptar en determinadas decisiones judiciales.

Si volvemos a los estándares de prueba anglosajones, veremos que esta idea está presente en su propia configuración. Así, en el caso de más allá de toda duda razonable, se indica que pueden existir dudas al momento de condenar, en otras palabras que es posible que algo distinto haya ocurrido, pero que esta posibilidad puede ser ignorada o descartada cuando es meramente especulativa o hipotética. El error está ahí, cuando se habla de que pueden existir dudas no razonables, en esos casos queda solo una posibilidad teórica de la inocencia.

¹⁹ Este capítulo está parcialmente basado en mi artículo titulado FUENTES MAUREIRA, CLAUDIO, Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil, en *Justicia Civil y Comercial. ¿Una Reforma Cercana?*, Ediciones LyD, 2011, pp. 173-205.

²⁰ CLERMONT, KEVIN, Standards of Proof in Japan and the United states, en *Cornell International Law Journal* N° 37, 2004. p. 269.

En el caso del estándar de la preponderancia de la prueba, el error es más patente aún. Así, lo único que se exige para dar la razón a una parte es que la ocurrencia de un hecho alegado por ésta sea más probable que su no ocurrencia. En otras palabras, es perfectamente posible que la contraria tenga la razón y que de hecho tenga un fundamento tangible, no obstante lo cual será igualmente la parte derrotada, ya que la otra parte solo requiere tener más y mejor prueba para ganar su caso. En estos casos no se habla de verdades, se habla de probabilidades y la ocurrencia de un hecho puede ser más o menos probable.

Ahora bien, no es mi interés juzgar si estos estándares probatorios y su configuración es o no adecuada. Mi objetivo es dar cuenta de que estos estándares explicitan la posibilidad del error y no solamente eso, sino que afirman con claridad que a pesar de dicha posibilidad la decisión judicial será igualmente válida y producirá efectos jurídicos vinculantes²¹.

En virtud de lo anterior cae de cajón la siguiente pregunta: ¿a quién corresponde definir cuanto margen de error es tolerable?

Si se parte de la premisa que tanto el derecho sustantivo como adjetivo son instrumentos para materializar decisiones legislativas, quien puede y debe responder la pregunta acerca de cuanto margen de error se estima tolerable es el mundo legislativo al momento de diseñar y aprobar las leyes. Actualmente esta es una pregunta que no está contestando nuestro Congreso Nacional, ya que la Ley de Tribunales de Familia, la reforma a justicia laboral y el proyecto de reforma al proceso civil no se pronuncian al respecto, lo que deja como necesaria consecuencia que sean los jueces quienes deciden, caso a caso, cuanto margen de error considerarán, situación problemática de la que me haré cargo más adelante.

Ahora bien, la decisión política detrás del estándar de convicción no es menor, ya que supone, en primer lugar, decidir si se dará a ambas partes del conflicto judicial la misma inseguridad en la distribución del error, es decir, si ambas correrán el mismo riesgo al momento de someter su contienda al sistema judicial. En segundo lugar, si la decisión a este respecto es negativa y es de interés del sistema establecer niveles de riesgo de error diferenciados, surge la pregunta de cuán distintos, lo que tiene implicancias en qué tanto esfuerzo probatorio deberá realizar una parte para probar su caso en comparación con la otra. Por ejemplo, si el estándar de prueba para una materia en concreto exige que una parte pruebe un hecho “sin que quede duda alguna”, eso significa que, ante la menor duda, por más pequeña que sea, se deberá fallar a favor de la contraria. Desde otro punto de vista, esto significa que la contraria habrá ganado con solo enfocar su labor probatoria en generar una duda al menos, aunque sea insignificante, lo que supone en tiempo y recursos un esfuerzo considerablemente menor al de la parte demandante. Como se observa, las cargas probatorias, no desde el punto de quien debe probar, si no desde la perspectiva de cuánto cuesta probar, son distintas.

Por esta razón es que el estándar de prueba es una herramienta a disposición del Poder Legislativo que resulta ser muy poderosa a la hora de establecer o materializar políticas públicas, en que se busca incentivar o desincentivar el litigio en ciertas materias ya sea para resguardar ciertos valores socialmente relevantes o para dar utilidad o vigencia a ciertos derechos.

2. El estándar de prueba como parte del derecho a la fundamentación de los fallos

Una dimensión fundamental que cumple el estándar de convicción es su fuerte vinculación

²¹ “Los estándares de prueba permiten, entonces, operar válidamente en contexto de incertidumbre. Esto, por cuanto las decisiones que se lleguen a adoptar en el curso de la adjudicación y que pudieren eventualmente estar afectadas a errores epistémicos, de todas formas podrán ser calificadas como decisiones conforme a derecho (...)”, COLOMA, RODRIGO, Estándares de Prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos, en *Revista de Derecho*, Vol. XXII, N° 2, Diciembre de 2009, p. 211.

instrumental con la garantía de la fundamentación de los fallos. En este sentido, toda persona que ha sometido un conflicto jurídico al sistema de justicia no solo es titular del derecho a que se le escuche y al debido proceso, sino que también tiene una legítima expectativa de conocer las razones que justifican cualquier decisión que se tome respecto de un asunto en el cual sus derechos se ven involucrados.

Ahora bien, esta vinculación instrumental entre el derecho a la fundamentación de los fallos y estándar de prueba se hace más evidente cuando se agrega a la ecuación el derecho a la prueba del que gozan las partes.

Este derecho consiste en la facultad que tiene las partes de poder presentar medios de prueba que favorezcan o posibiliten sus pretensiones jurídicas²². A este respecto, la relación entre el derecho a la prueba y la fundamentación de los fallos obedece, en primer lugar, a consideraciones de sentido común, ya que no tiene sentido que una parte pueda presentar medio prueba alguno si los jueces no tienen obligación de considerarlos y valorarlos en la sentencia al momento de establecer los hechos probados²³, explicitando qué medios de prueba fueron tomados en cuenta, cuáles no y las respectivas razones para ello. En segundo lugar, se encuentra el derecho a la fundamentación como un mecanismo para prevenir que el juez falle en conformidad a pruebas que no fueron presentadas por las partes o lo haga prescindiendo de estas sin dar razones para ello. En tercer lugar, es una legítima expectativa de las partes que someten una contienda al conocimiento del juez que las pruebas presentadas sean efectivamente valoradas y la única forma de exigir esta valoración es por medio de que el juez en el fallo se haga cargo de cada una de ellas. Si esta exigencia no existe, entonces el derecho a la prueba no tiene pretensión alguna de efectividad, ya que no puede exigir al juez que por lo menos mire y analice los medios probatorios.

Pues bien, para que el razonamiento que el tribunal entregue satisfaga adecuadamente el derecho a la fundamentación de los fallos, se hace necesario que el tribunal sea capaz de articular, primero, qué medios de prueba valoró y cuáles no, argumentando razones específicas que justifiquen dicha discriminación. Asimismo, se exige que el tribunal explique la forma en cómo los valoró y qué conclusiones obtiene de ellos, haciéndose cargo de aquellos que favorecen la ocurrencia de un hecho, así como aquellos que niegan dicha ocurrencia. Finalmente debe justificar por qué la prueba disponible es suficiente para cumplir con el requisito legal, en otras palabras, porqué la prueba aportada es capaz de generar convicción, a pesar de que pueden haber casos en donde los medios probatorios no sean 100% indubitados y en que existan medios de prueba contradictorios o casos en que solo haya un medio de prueba, pero que igualmente el tribunal estima que es suficiente para dar por probados determinados hechos.

En otras palabras, no puede hablarse seriamente de un derecho a la fundamentación de los fallos si el tribunal no está en condiciones de explicar porqué la prueba aportada es suficiente. El derecho a la prueba no solo supone en este contexto que el tribunal esté obligado a valorar y justificar por qué la considera o por qué no, sino que también debe explicarnos por qué estimó que esa prueba, y no otra de mejor calidad, es suficiente para asignar la consecuencia jurídica.

V. ¿QUÉ PASA CUANDO EL LEGISLADOR NO EXPLICITA UN ESTÁNDAR DE PRUEBA?

En la sección previa se aludió a que todo estándar de prueba supone una decisión política de distribución del margen de error. A este respecto, existen dos opciones. Si se explicita un estándar de prueba en la ley, la decisión política de distribución del error ha sido realizada por el poder legislativo. Si no se explicita el estándar de prueba, la distribución del error será realizada

²² FERRER, JORDI, *La Valoración Racional de la Prueba*, Marcial Pons, 2007. p. 54.

²³ FERRER, ob. cit, pp. 56 y 57.

necesariamente por el juez en el caso que está conociendo, ya que siempre éste enfrentará dudas o posibilidades.

Considero que quién está en mejor posición para tomar esta decisión es el legislador por las siguientes consideraciones.

En primer lugar, debido a que la decisión referida a qué tan difícil o fácil será probar un hecho es una decisión de corte político y no jurídico, es decir, se trata de una decisión que está basada en un juicio de valoración que considera los costos sociales derivados del error judicial, valoración que escapa a consideraciones netamente jurídicas. Así, por ejemplo, la decisión que da preferencia a dejar un culpable libre en vez de dejara un inocente tras las rejas, que es aquella que justifica la distribución del error que comunica el estándar de más allá de toda duda razonable, supone una estimación del sentir social de que es mejor estar muy seguros en aquellos casos en que mandamos una persona a la cárcel, dadas las nefastas consecuencias de un error en esta materia, y por tanto se está dispuesto a que un verdadero “culpable” sea dejado en libertad si esa seguridad o confianza no está presente²⁴.

Distinta es la situación en litigios civiles entre particulares, en donde estimar que beneficiar a una parte como consecuencia de un error en desmedro de la otra, es igualmente dañino para ambos litigantes, con independencia de su posición de demandante o demandado.

En este sentido, la decisión acerca de qué tan difícil es probar un hecho en juicio, una vez que aceptamos que se trata de una cuestión de probabilidades y no de la “verdad”, debe ser consecuencia de un debate democrático, en el cual las autoridades representativas canalicen los valores socialmente imperantes. Al respecto surgen diversas preguntas. ¿Debe ser igual de difícil probar aquellos hechos que justifican que un padre sea privado de ver a su hijo que aquellos hechos destinados a probar un vicio de la voluntad contractual? ¿Es igualmente dañino para la sociedad cometer un error al momento de despedir un trabajador por falta de probidad que permitir un divorcio fundado en adulterio?

En todos estos casos pareciera ser que las consideraciones que permiten fijar el estándar de prueba son extrajurídicas, *vis a vis* políticas, y su razonabilidad jurídica no es lo fundamental, si no su legitimidad democrática, entendida esta como aquellos errores judiciales que una determinada sociedad está dispuesta a soportar. ¿Es el juez la voz que canaliza la manifestación de voluntad social? A mi parecer la respuesta a esta pregunta es negativa.

En segundo lugar, la explicitación por parte del legislador de un estándar de prueba si bien no viene a resolver todos los problemas relacionados con la incertidumbre judicial, si permite avanzar en la previsibilidad de las decisiones judiciales.

Un ejemplo al respecto puede observarse en juicios de familia. En ellos el legislador no ha establecido un estándar de prueba, lo que supone que las partes están a la discrecionalidad del juez respecto de cuando los hechos que fundan su pretensión se encuentran suficientemente acreditados. Ya en publicaciones previas he dado cuenta de la alta exigencia que hoy se requiere para probar aquellos hechos que fundan un divorcio por culpa, exigencia probatoria que no se encuentra explicitada en la ley²⁵.

El punto a destacar es el siguiente: el juez siempre se verá obligado a preguntarse si la

²⁴ SCHAUER, FREDERICK, ob. Cit, p. 225. “La pauta que han escogido los sistemas jurídicos del *common law* es un equilibrio, pero inclinado ciertamente hacia el juicio social de que condenar al inocente es mucho peor que absolver al culpable, pero también que evitar la condena del inocente no es el único valor social en juego”. El destacado es propio.

²⁵ FUENTES MAUREIRA, CLAUDIO, La Persistencia de la Prueba Legal en la Judicatura de Familia *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol.18, n.1, 2011, pp. 119-145

prueba que se le ha presentado es suficiente, y si la ley nada dice el juez podrá recurrir a dos estrategias. Una será esconder su razonamiento bajo la fórmula *cuasi-sagrada* de la sana crítica, en la cual simplemente se remitirá a transcribir las palabras de la ley, pero sin justificar realmente su decisión. La otra posibilidad es que el juez se aventure a explicitar en su fallo consideraciones destinadas a fijar un umbral probatorio particular, dentro de las cuales la siguiente cita es un buen ejemplo respecto de la expectativa probatoria que existe en los divorcios por culpa: “*tan grave en sus consecuencias patrimoniales y en el matrimonio, como la imputación de adulterio dirigida a la mujer requiere que se hagan mayores precisiones acerca de las circunstancias de tiempo y lugar en que ello ocurrió, no bastando decir que compartían cama si no se agregan antecedentes que demuestren fehacientemente el hecho que se imputa. El hecho de besarse y tomarse de la mano sólo demuestra eso, no las relaciones sexuales*”²⁶. Es menester destacar no el mérito del razonamiento que la cita refleja, sino el hecho de que otro juez en otro tribunal puede estimar que dicha expectativa probatoria no es razonable ni justificada y establecer un umbral probatorio mayor o menor dada una distinta apreciación del costo del error que él realice.

A mayor abundamiento, el problema al que se alude puede verse en una cita pronunciada por el magistrado Cerda San Martín en un fallo que redactó como Ministro de la Corte de Apelaciones de Arica: “*Que, la actividad probatoria en el contexto de sana crítica impone, asimismo, la necesidad de contar con algún estándar de prueba, que nos indique cuándo el juez está autorizado racionalmente para considerar que un hecho está probado, atendido el grado de confirmación que tiene en los medios de prueba.*

Reconocemos la inexistencia de un parámetro legal al efecto. Sin embargo, ello no impide que el juzgador fije uno que resulte adecuado al sistema probatorio impuesto.

Como se trata de una decisión a favor del rigor científico (búsqueda de la verdad, de la certeza), estimamos que en la especie se puede exigir un estándar de prueba de probabilidad media, advirtiendo, no obstante, que la naturaleza especial de este tipo de conflictos, su carácter sancionatorio y las consecuencias jurídicas que conlleva la sentencia condenatoria, podría llevarnos a sostener igualmente un estándar de probabilidad alta.

El estándar de probabilidad media, que se traduce bajo la fórmula “más probable que no”, implica una elección entre las diversas hipótesis fácticas en juego, prefiriendo aquella que cuente con un grado relativamente más elevado de probabilidad, en razón de las pruebas que lo apoyan, debiendo, en todo caso, existir un grado mínimo necesario de confirmación probatoria, que se puede significar en una cifra equivalente, a lo menos, al 51% de probabilidad.

En el caso que nos ocupa la hipótesis afirmativa, relativa a la ocurrencia de los hechos, no supera ese rango mínimo, de modo que no puede afirmarse racionalmente que el hecho está probado”²⁷.

El razonamiento da cuenta de las dudas del propio juez al momento de ubicar el estándar de prueba respecto de su nivel de exigencia; si solo basta un 51% de probabilidades o si debiese ser de una probabilidad alta, como aquel que el mundo anglosajón denomina prueba “clara y convincente”, que usualmente es asimilado a un 75% de “certeza”.

Desde un punto de vista de certeza jurídica, la incorporación de un estándar de prueba viene en convertirse en un parámetro que si bien no soluciona todos los problemas vinculados a la fundamentación de las sentencias y su previsibilidad, si parece ser una herramienta que permite avanzar en ambas materias. De no establecer un estándar de prueba en la ley, el juez siempre deberá mirar su fuero interno y considerar si las pruebas son suficientes, siendo entonces más difícil para los litigantes saber dónde el juez establece el umbral de su propia convicción²⁸.

²⁶ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, Causa ROL 423-2009. Considerando 8°, el destacado es mío.

²⁷ CORTE DE APELACIONES DE ARICA, Causa ROL 73-2010, sentencia de 23 de agosto de 2010, considerando 4. El destacado es propio.

²⁸ Respecto de este último comentario puede argumentarse que los estándares de prueba igualmente se remiten al fuero interno del juez y por tanto existe igualmente un amplio espectro de subjetividad. Si bien esto dependerá de cómo es formulado el estándar de prueba, incluso respecto de aquellos estándares que apelan a la subjetividad del juez, igualmente es posible afirmar que la sola explicitación de un estándar

VI. LAS ERRÓNEAS PREMISAS DEL LEGISLADOR EN EL PROYECTO DE REFORMA AL PROCESO CIVIL

Para finalizar este documento me haré explícitamente cargo del razonamiento del legislador respecto de la no incorporación de un estándar de prueba.

Específicamente el ejecutivo, en las páginas 22 y 23 del mensaje del proyecto bajo el título “Apreciación de la prueba y formación y control de la convicción del juez”, señala las razones por las cuales estima que no es necesario explicitar un estándar de prueba, las que a continuación se explicitan:

- En primer lugar, se indica que si bien se establece un sistema de libertad prueba con sana crítica, igualmente se mantiene la regulación probatoria de ciertos documentos, presunciones de derecho y actos o contratos solemnes que solo pueden ser probados mediante la solemnidad, atenuando el principio de la sana crítica.
- Después se menciona que la sana crítica impone criterios obligatorios al juez para valorar la prueba los cuales van acompañados de un exhaustivo deber de fundamentación.
- Finalmente, se indica que en nuestro sistema no existe un sistema de jurados que requiera un estándar de convicción como si ocurre en el sistema norteamericano.

Respecto de estas justificaciones quisiera hacer ciertas aclaraciones que me parecen pertinentes.

En lo que se refiere a que existen reglas que solo permiten probar ciertos actos mediante la solemnidad o que existen limitaciones a la prueba de las obligaciones, particularmente la prueba documental, puede decirse que, por un lado, se trata de pruebas que no estarán presentes en diversos casos que si llegarán al sistema, como casos de indemnizaciones de perjuicios por responsabilidad extracontractual, lo que limita la aplicabilidad de aquellas normas. Por otro lado, en aquellos casos en donde si existen dichas solemnidades o regulación de valor probatorio documental, no necesariamente ese solo medio de prueba será suficiente para entender acreditados todos los hechos pertinentes del juicio. Piénsese en casos de fuerza mayor o en la diligencia de la parte contratante, se trata de hechos que se prueban mediante otros medios, respecto de los cuales el legislador no se ha pronunciado acerca de la forma en cómo pueden ser probados, quedando sujeto a la regulación general de la sana crítica. En consecuencia, dichas reglas no suprimen la necesidad de contar con un estándar de convicción, solamente asistirán en ciertos casos.

Con relación al establecimiento de la sana crítica como sistema de valoración, estimo haberme hecho cargo de la diferencia entre dicho mecanismo y el estándar de prueba. En este sentido, se trata de instituciones que se complementan en el proceso de valoración probatorio que realiza el juez. Asimismo ¿qué tan bien puede un juez fundamentar un fallo si la herramienta que le permite contestar la pregunta acerca de cuánta prueba es suficiente no ha sido recogida?

Un último punto esbozado por el proyecto indica que el estándar de prueba no es necesario porque en Chile no hay jurados. Dicha aseveración puede ser discutida desde dos perspectivas. En primer lugar, en la actualidad existen sistemas judiciales en los cuáles el jurado como institución ha

opera como una potente señal por parte del sistema judicial que incide en el razonamiento judicial, obligándolo a ser más exigente en la evaluación de la prueba. En este sentido Véase CLERMONT, Kevin, *Standars of Proof Revisited*, en *Vermont Law Review*, Vol. 33:469, 2009, pp. 485-487.

caído en desuso²⁹ o derechamente ha sido suprimido³⁰, lo que no ha obstado a que dichos sistemas continúen operando con el estándar de prueba como una norma integrante del marco jurídico probatorio³¹, lo que da cuenta de la independencia progresiva de la institución de la figura del jurado y de su utilidad para el funcionamiento de dichos sistemas probatorios.

Finalmente, no deja de llamar la atención que en materia penal, la primera reforma procesal, si se haya incorporado explícitamente el estándar de convicción de más allá de toda duda razonable a pesar de que en Chile la institución del jurado no tiene vigencia³².

CONCLUSIÓN

El objetivo de este documento ha sido poner bajo cuestionamiento la decisión del legislador de no incorporar en el proyecto de reforma al proceso civil la figura o institución del estándar de prueba.

Se estima que la incorporación de un estándar de prueba resulta del todo valiosa para nuestro sistema de justicia, tanto porque explicita la posibilidad del error y permite su adecuada distribución en función de una decisión conciente por parte del poder legislativo, como por el hecho de que entrega a los jueces chilenos una herramienta que les ayudará a justificar con mayor propiedad las decisiones que toman al momento de adjudicar derechos en escenarios de incertidumbre.

No resulta razonable que el mundo del derecho chileno opere sobre premisas que otras disciplinas han superado hace ya muchos años.

²⁹ Véase BURBANK, STEPHEN y SUBRIN, STEPHEN, *Litigation and Democracy: Restoring a realistic prospect of Trial*, en *Northeastern public law and theory faculty workin papers series no. 59-2011*, p. 402

³⁰ Véase CHASE, OSCAR, *Derecho, cultura y ritual, Proceso y Derecho*, Marcial Pons, 2011, pp. 85 y ss, donde el autor da cuenta que en materias civiles no se realizan juicios por jurado en Inglaterra desde 1965. Para revisar la jurisprudencia inglesa en materia del estándar probatorio de *balance of probabilities* que sería equivalente a la preponderancia de la evidencia, véase PATTENDEN, Rosemary, *The risk of non-persuasion in civil trials: the case against a floating standard of proof* *Civil Justice Quarterly*, 1989, N° 7: pp. 220-233.

³¹ *Ibidem*.

³² Sobre el estándar de prueba penal véase Fuentes Maureira, CLAUDIO, *La Recepción de la duda razonable*, en *Actas del Congreso Internacional de Derecho en homenaje al centenario de la Universidad de Valparaíso*, EDEVAL, 2012, pp. 239-276.