



Universitat de Girona

“Estándares de prueba de la responsabilidad civil derivada de  
daños en el proceso penal”

José Rafael Lima Gómez

Trabajo de Final del Máster en Derecho de Daños, especialidad de  
“Fundamentos para el Análisis del Derecho Privado”

Tutor: Dr. Jordi Ferrer Beltrán

Curso 2022

INDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>II. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD COMO OBJETIVO PREPONDERANTE DEL PROCESO</b> .....	8
<b>2.1. El Derecho y la Epistemología</b> .....	8
<b>2.2. El escepticismo en el Derecho y su refutación</b> .....	9
<b>2.3. El punto de partida, la epistemología jurídica.</b> .....	11
<b>2.4. Sobre la probabilidad y qué se debe entender por ella</b> .....	18
<b>III. EL ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCESO</b> .....	25
<b>3.1. Los fines de los estándares de prueba en el proceso</b> .....	25
<b>Más allá de la duda razonable ¿Un estándar de prueba adecuado?</b> .....	31
<b>3.2. El estándar de responsabilidad civil: la probabilidad prevalente</b> .....	34
<b>3.3. Estándares de prueba en el Código Procesal Penal Peruano</b> .....	36
<b>3.4. Hacia la formulación racional de un estándar de prueba</b> .....	39
<b>IV. EL ACTUAL POPULISMO DEL DERECHO PENAL</b> .....	41
<b>4.1. ¿El estándar de prueba penal siempre debe ser más alto que el estándar de prueba civil?</b> .....	43
<b>V. EXISTENCIA DE ESTÁNDARES PROGRESIVOS A LO LARGO DEL PROCESO</b> .....	48
<b>VI. HACIA LA APLICACIÓN COHERENTE DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA</b> .....	49
<b>6.1. El estado de la cuestión en el marco normativo peruano</b> .....	49
<b>6.2. El derecho de daños en el proceso penal peruano</b> .....	52
<b>6.3. La necesidad de precisar los estándares de prueba</b> .....	54
<b>6.4. Los límites de la Epistemología en la construcción de estándares de prueba</b> .....	60
<b>VII. CONCLUSIONES</b> .....	62
<b>VIII. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	64

**Resumen**

La aplicación normativa de las diferentes consecuencias jurídicas requiere un paso previo, la corroboración del supuesto de hecho. Esto, en el caso de los procesos guarda relación con lo que son los estándares de prueba que a su vez tiene que ver los derechos a la prueba y a su valoración racional. Con un descuido evidente en este campo es que el propósito de volver a analizar los estándares de prueba clásicos, así como los vigentes es que resulta necesario determinar propuestas sobre el nivel óptimo de suficiencia probatoria.

**Palabras clave**

Derecho a la prueba, Valoración de la prueba, Estándares de prueba, Epistemología jurídica.

**Abstract**

The normative application of the different legal consequences requires a previous step, the corroboration of the assumption of fact. This, in the case of the processes, is related to what the standards of evidence are, which in turn has to do with the rights to evidence and its rational assessment. With an evident oversight in this field is that the purpose of re-analyzing the classic standards of evidence, as well as the current ones, is that it is necessary to determine proposals on the optimal level of evidentiary sufficiency

**Key words**

Right to proof, Evidence assessment, Standards of proof, Legal epistemology.

## I. INTRODUCCIÓN

Si queremos empezar hablando del derecho de daños no se puede hacer sin tener en cuenta que Aristóteles ya había concebido inicialmente que se hace justicia mediante la transferencia directa de recurso de una parte a otra<sup>1</sup> y que dichos recursos transferidos en dicha acción representan el daño injusto del demandante y el acto injusto del demandado. De esta forma, la justicia correctiva trata el injusto, y la transferencia de recursos que lo deshace, como un único nexo de actividad y pasividad donde agente y víctima son definidos uno en relación con la otra<sup>2</sup>.

Kant ubica las raíces conceptuales de la justicia correctiva en la intencionalidad libre de la actividad de autodeterminación. La igualdad de la justicia correctiva del derecho de daños resulta ser la igualdad de voluntades libres en sus relaciones entre sí<sup>3</sup>.

Papayannis al momento de hablar sobre los objetivos del derecho de daños indica que las reglas de responsabilidad minimizan o reducen los costes sociales incentivando el uso de recursos ajenos cuando ello es eficiente y exige de quien toma compulsivamente el recurso que pague una compensación, y ello impide que haya más transferencias que las estrictamente eficientes<sup>4</sup>.

Un ejemplo del derecho de daños es aquel que la regla de la culpa impone al agente la obligación de compensar los daños cuando su deber de diligencia, es decir, cuando no adopta las precauciones que un hombre razonable hubiera tomado en las mismas circunstancias<sup>5</sup>. Otro ejemplo es aquel de los gastos preventivos “los gastos realizados para evitar un daño que amanezca producirse constituyen un daño resarcible en la medida en que hayan sido razonables”<sup>6</sup>.

Este y muchos ejemplos más necesitan de un paso previo, sobre el cual se centra mi interés. Dichas reglas para poder ser aplicadas requieren que se pruebe primero el presupuesto fáctico al que se vincula la consecuencia jurídica.

Es muy habitual que se preste mayor atención a la consecuencia jurídica, que es la de reparar el daño, y a la fundamentación de dicha compensación, dando por hecho la existencia, ya probada, del hecho

---

<sup>1</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, trad. Calvo Martínez (Madrid: Alianza Editorial, 1962), 160.

<sup>2</sup> Ernest Joseph Weinrib, *La idea de derecho privado*, trad. Eze Paez (Madrid: Marcial Pons, 2017), 89-90.

<sup>3</sup> Weinrib, 117.

<sup>4</sup> Diego M Papayannis, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual* (Madrid: Marcial Pons, 2014), 39.

<sup>5</sup> Papayannis, 45.

<sup>6</sup> *Art. 2:104 of Principles of European Tort Law: expenses incurred to prevent threatened damage amount to recoverable damage in so far as reasonably incurred.*

que permite la adjudicación de la consecuencia jurídica; pero, a mi parecer, que esté un probada una hipótesis esconde una complejidad de igual importancia que la propia consecuencia jurídica.

Lo que es justo en el derecho no solo se debe analizar en base a la consecuencia jurídica del derecho de daños sino también en que dicha consecuencia solo deba ser adjudicada a quien realmente sea responsable. Esto último se encuentra relacionado con dos cosas, la valoración de la prueba y los estándares de prueba. Por un lado, la valoración de la prueba debe entenderse desde la concepción racionalista que tiene como premisa de partida la existencia de una relación teleológica entre prueba y verdad. Por el otro, la valoración de las pruebas en el proceso no es suficiente ya que solo nos permitirá llegar a la conclusión que una hipótesis tiene un mayor o menor grado de corroboración siendo necesario contar con un estándar de prueba, un criterio que nos permita determinar que si el grado de corroboración alcanzado a través de la valoración de la prueba es suficiente o no para poder considerar como probada la hipótesis en controversia.

A esto último se introduce algo completamente nuevo en Perú, como es la posibilidad que el derecho de daños pueda ser analizado dentro del proceso penal. Es decir, que dos pretensiones heterogéneas puedan ser analizadas al interior de un mismo proceso por fines de economía procesal. Esta posibilidad en la normativa peruana se encuentra en el artículo 12 del Código Procesal Penal que estipula: “El perjudicado por el delito podrá ejercer la acción civil en el proceso penal o ante el Orden Jurisdiccional Civil. Pero una vez que se opta por una de ellas, no podrá deducirla en la otra vía jurisdiccional.”

Esta posibilidad basada en la economía procesal tenía como finalidad poner a disposición de la víctima del injusto la posibilidad de ejercer dos pretensiones, una de carácter penal y otra de carácter civil. Sin embargo, una mala regulación legal sobre los estándares de prueba caracterizada por la subjetividad e imprecisión ha llevado a decisiones donde poco o nada se discute sobre la responsabilidad civil, así como que estándar de prueba es el adecuado para dicha responsabilidad.

Este abandono al que hago referencia es estrictamente relacionado a los umbrales de suficiencia probatoria para decidir diferentes cuestiones durante el ínterin del proceso. Este déficit en encontrar adecuados umbrales de suficiencia probatoria generó que la discusión de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil dentro de un mismo proceso se convirtiera en una apuesta de todo o nada, ya que si no se lograba acreditar la responsabilidad penal se indicaba automáticamente que tampoco correspondía la indemnización.

Sumado a ello, la determinación del estándar de prueba tanto penal como civil se encuentra regido principalmente por la materia de su pretensión más no por costo del riesgo para las partes. Este otro

déficit de los estándares de prueba se encuentra aunado a que se hace referencia a elementos psicológicos o mentales del juez y su formulación tiene un nivel de vaguedad incompatible con su función de señalar un umbral de suficiencia probatoria<sup>7</sup>.

Hablar sobre cuando estamos dispuestos a decir que una hipótesis, en cualquier campo del conocimiento, puede tenerse como probada requiere que dicho umbral contenga determinados requisitos metodológicos. El hecho que un estándar de prueba no apele a criterios relativos a la capacidad justificativa de las pruebas ni que su formulación permita determinar a partir de qué punto una hipótesis puede darse como probada genera mucha ambigüedad. Esto es preocupante en el caso del derecho de daños en supuestos tipificados penalmente, donde existe una confusión en cuanto a qué estándar de prueba debe aplicarse a cada hipótesis; así como a la aplicación de estándares de prueba que no son coherentes con un razonamiento probatorio racional, sino característico de uno relativo a la íntima convicción de quien decide.

Hacer un estudio de los estándares de prueba, en ese contexto, resulta constructivo en harás de alcanzar criterios con los cuales se pueda contar como suficiente o no aquella hipótesis que cuenta con un mayor grado de corroboración. Mas aun cuando lo principal es tratar de entender que los procesos, sin importar su materia, se basan en la inferencia probatoria epistémica, siendo esta central para el razonamiento probatorio<sup>8</sup>.

Todo esto me permitirá tomar como punto de partida la epistemología jurídica como el enfoque más adecuado para poder entender los estándares de prueba y cómo podemos intentar llegar de estándares de prueba mejor planteados ya que el razonamiento que se utiliza es uno de carácter probabilístico inductivo.

Una vez mostrada la utilidad de la epistemología para nuestro propósito me centraré en que el razonamiento probatorio es necesariamente un razonamiento basado en la probabilidad. Sobre esto último se especificará qué se debe entender por probabilidad y la utilidad de dicha definición para elaborar adecuados estándares de prueba.

Tal vez el estándar de prueba que es más familiar es el de más allá de toda duda razonable, tanto para quienes conocen de Derecho como para los que no. Sobre este también me detendré para poder analizar si dicho estándar de prueba como norma jurídica establece de forma clara y precisa el umbral

---

<sup>7</sup> Jordi Ferrer, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, 1.ª ed. (Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2021), 19.

<sup>8</sup> Daniel González Lagier, «Inferencias, incertidumbres y estándares en el ámbito probatorio», en *Hechos y razonamientos probatorios*, 1.ª ed. (Puno. Perú: Zela, 2019).

a partir del cual la corroboración de una determinada hipótesis puede ser considerada como probada o no.

Una deficiencia en los estándares de prueba impide la aplicación de otras reglas tales como las cargas de la prueba, así como las presunciones. Esto a razón que la aplicación de la carga de la prueba, la presunción de inocencia del imputado solo es aplicable cuando se determina que no se ha llegado al umbral de suficiencia probatoria requerida.

Con dicha crítica también se aterrizará en un marco normativo específico, en este caso el peruano, y se verán los estándares de prueba con los cuales se toman decisiones y, a su vez, se analizará si dichos criterios de suficiente cumplen con establecer un umbral de suficiencia probatoria a partir del cual la hipótesis pueda ser considerada como probada<sup>9</sup> ya que de no estarlos implicaría que estamos ante estándares de prueba con los cuales se llegan a decisiones que no pueden ser controladas intersubjetivamente por la persona que se ve afectada por la decisión así como por otro órgano jurisdiccional jerárquicamente superior al hacer la revisión de la decisión.

Si dos personas tienen un desacuerdo acerca de lo que está probado en un proceso, tienen un genuino desacuerdo, pero los dos no pueden estar en lo correcto<sup>10</sup>. Resulta necesario apuntar hacia una formulación de estándares de prueba que estén acorde con la valoración racional de la prueba, así como de la metodología con la cual se hace su estudio, la epistemología jurídica.

En el cuarto punto del trabajo me centraré en derrotar la concepción clásica según la cual el estándar de prueba penal siempre debe ser más alto o más riguroso que el estándar de prueba civil. Esto se hará planteando que existe la posibilidad que el estándar de prueba tanto para la responsabilidad civil como la responsabilidad penal no dependen de la materia de la pretensión sino de otros motivos extra epistémicos por lo que podrían tener diferentes niveles de exigencia o, incluso, el mismo nivel de exigencia probatoria.

No solo existen diferentes estándares de prueba aplicables en función del tipo de proceso en el cual se esté discutiendo la hipótesis, sino que también se requieren distintos estándares de prueba progresivos a lo largo de un mismo proceso, debido a que el juez toma decisiones no solo al momento de dictar sentencia sino desde mucho antes y sobre muchos puntos para los que es necesario acreditar los hechos.

---

<sup>9</sup> Ferrer, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, 26.

<sup>10</sup> Brian P. McLaughlin, *Dretske and His Critics* (Cambridge, Mass: B. Blackwell, 1991), 191.

Finalmente, con todo lo desarrollado se podrá plantear no una reforma, pero si un punto de comparación de lo que se tiene y de lo que se debería tener como estándares de prueba. Esto en base a dos defectos de los estándares de prueba de la responsabilidad civil y penal peruana: la subjetividad con la cual están planteados y la imprecisión de los mismos.

## II. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD COMO OBJETIVO PREPONDERANTE DEL PROCESO

### 2.1. El Derecho y la Epistemología

Para poder realizar un vínculo entre la prueba en el proceso y la epistemología es necesario encontrar algo común entre ambos campos. Este común denominador es la verdad como objetivo, pero también se tiene que determinar si la concepción de la verdad en uno y otro ámbito es la misma. La existencia de una diferencia en la concepción de la verdad resultaría en la irremediable imposibilidad de una conexión. Por el contrario, si la noción de verdad propia de la epistemología es la misma que en el ámbito probatorio jurídico entonces podremos nutrir algunos conceptos jurídicos a partir de la epistemología. Esta posibilidad, a su vez, permitirá aplicar los principios de dicho campo del conocimiento al momento de determinar si una hipótesis puede ser considerada como verdadera o falsa; verdadera, al menos para los propósitos de un proceso.

La palabra epistemología proviene del griego *episteme* que significa “conocimiento” y *logia*, ciencia, lo que termina mostrando que, a final de cuentas, la epistemología es la ciencia del conocimiento. El conocimiento humano puede dividirse tanto en los actos cognoscitivos como en sus resultados. Los actos cognoscitivos son actividades mentales tales como percibir, recordar, juzgar, deducir y reflexionar. Por su parte, los resultados cognoscitivos son las afirmaciones científicas, pero no pueden ser vistos como actos cognoscitivos.<sup>11</sup>

Sin embargo, tanto los actos cognoscitivos como los resultados cognoscitivos son objeto de evaluación respecto a su correspondencia con el mundo; dicha evaluación no solo se realiza en base al resultado sino también desde el punto de vista de su justificación. Con ello, si afirmamos que la validez de un acto cognoscitivo se encuentra fundamentado en su correspondencia con el mundo. De la misma forma, un resultado cognoscitivo depende de dicha correspondencia. Entonces, si el fundamento de la validez depende de su correspondencia con el mundo entonces esto es lo que consideramos como verdad. ¿Esta verdad también será aplicable para la prueba en el proceso?

---

<sup>11</sup> Kazimierz Ajdukiewicz, *Introducción a la filosofía: epistemología y metafísica*, trad. Alina Długobaska (España: Catedra, 2006), 21.



*Veritas est adequatio rei et intellectus*, la verdad de un pensamiento consiste en su acuerdo con la realidad<sup>12</sup>. Esta definición de verdad es la respuesta clásica a la interrogante de qué se debe considerar como verdadero. Por ejemplo, el pensamiento que la tierra es redonda se adecúa a la realidad porque la tierra es redonda y en esa adecuación con la realidad es que podemos decir que se trata de una afirmación verdadera. En el caso del derecho, la decisión de condenar a un determinado sujeto será correcta o no en razón a que dicha decisión se adecue a que efectivamente dicho imputado haya cometido el delito. En breve, no hay hechos jurídicos que duplican los reales: los hechos son lo que son y no lo que los jueces y otros funcionarios dicen que son.<sup>13</sup> En ese sentido, las decisiones judiciales no son constitutivas en el sentido de que ellas conviertan las oraciones empíricas en verdaderas.<sup>14</sup>

A la idea que la validez de un enunciado se debe a su adecuación con la realidad también se han planteado objeciones. La más importante de ellas y sobre la cual me detendré un momento es la objeción que hacen los escépticos cuando alegan que no es posible llegar a saber si un pensamiento se adecua o no a la realidad. Esto implicaría que nunca podemos saber si un enunciado o una hipótesis como tal se adecua a la realidad completamente. Es decir, no podemos llegar a la conclusión que algo sea verdadero o no, se llega al extremo de sostener que no es posible llegar a un conocimiento justificable respecto a nada. ‘

## 2.2. El escepticismo en el Derecho y su refutación

No poder tener algo como probado implicaría que la imposibilidad de hacer responsable civilmente a cualquier persona. Esta sería la consecuencia del escepticismo. El escéptico proviene del griego *skeptikós* que significa “el que examina” y plantean un problema respecto al conocimiento. Este problema se basa en la pregunta de si el hombre puede conocer o no si una determinada hipótesis es verdadera. Los escépticos llegan a la conclusión que no es posible llegar a la verdad para el hombre. Dicha imposibilidad y que nada puede afirmarse de nada consiste en que para poder conocer la verdad es necesario contar con un criterio. Dicho criterio sería justificable solo si se pudiera conocer de antemano que el criterio aplicado es digno de confianza; es decir, uno que siempre conduce a la verdad y no a la falsedad. Esto al final termina generando un problema de regresar hacia atrás al infinito<sup>15</sup>,

Esta posición de los escépticos supondría un avance nulo en todo campo de conocimiento, incluyendo el derecho, a razón que no sólo se debería encontrar un criterio digno de confianza que justifique un

---

<sup>12</sup> Ajdukiewicz, 23.

<sup>13</sup> Eugenio Bulygin, *Cognition and interpretation of law*, *Analisi e diritto* 18 (Torino: G. Giappichelli, 1995), 22.

<sup>14</sup> Bulygin, 24.

<sup>15</sup> Daniel González Lagier, «Prueba y Argumentación: ¿Es posible un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba» (II Congreso de la Colección «Filosofía y Derecho», Girona, 2018).

conocimiento sino también se debería saber, con toda fiabilidad, que el criterio que se está usando solo permite llegar a respuestas correctas.

Kazimierz<sup>16</sup> explica que para los escépticos la posibilidad de poseer un conocimiento que pueda ser considerado como verdadero se justifica en la aplicación de un método, es decir siguiendo un criterio, pero que el problema radica en que dicho método sólo sería justificable si supiéramos de antemano que el criterio aplicado es un criterio que siempre, inexorablemente, conduce a la verdad y nunca a la falsedad, pero también implica que este criterio del que debemos hablar debe estar justificado, a su vez, por otro criterio de las mismas características, así hasta el infinito. Desde el escepticismo, no es posible llegar a un conocimiento justificable acerca de algo.

Lo planteado por los escépticos nos expone a la dura conclusión que la verdad es imposible de ser conocida. Sin embargo, el error de los escépticos se encuentra en su propio planteamiento. Para ello me pondré en el supuesto que, efectivamente, se acepte la tesis escéptica que asegura que nada puede ser justificado y, por otro lado, aceptado que el razonamiento escéptico justifica su propia tesis, admitiríamos, contra la tesis escéptica, que algo puede ser justificado.

En otro nivel, el que para obtener cualquier tipo de conocimiento verdadero se debe contar con un criterio digno de confianza para justificar el conocimiento al que se llega y, adicional a ello, se debe contar con la confianza justificada que el criterio usado es, a su vez, uno digno de confianza. En este planteamiento también se encuentra un error debido a que para justificar una afirmación es suficiente llegar a ella aplicando un criterio digno de confianza, y no es preciso saber además que el criterio aplicado era a su vez digno de confianza.<sup>17</sup> El conocimiento que nuestro criterio es digno de confianza no es necesario para la justificación de la afirmación a la que lleguemos de acuerdo con él. Se requiere solamente que nos aseguremos de tener justificada una afirmación<sup>18</sup>. A su vez, la posibilidad de diferentes justificaciones para una afirmación nos lleva a una segunda instancia que es escoger la justificación más idónea. La preferencia de una justificación por otra se dará en base a su grado de certeza, coincidencia con el mundo real.

Con ello, si el conocimiento que el criterio aplicado en la justificación de una afirmación es digno de confianza no es necesario para la justificación de esta afirmación, entonces resulta falsa la premisa a

---

<sup>16</sup> Kazimierz Ajdukiewicz, *Introducción a la filosofía: epistemología y metafísica*, trad. Alina Długobaska (España: Catedra, 2006), 28.

<sup>17</sup> Ajdukiewicz, 32.

<sup>18</sup> Ajdukiewicz, 34.

partir de la cual obtenían los escépticos su conclusión de que la justificación de cualquier afirmación requiere un número infinito de pasos en el razonamiento que nunca pueden ser completados.<sup>19</sup>

Por estas razones no comparto el pesimismo de los escépticos en cuanto a la obtención del conocimiento debido a que en la misma construcción del escepticismo se encuentra también su error y, por otro lado, la verdad como coherencia con el mundo podría ser expresada de la siguiente forma: el pensamiento X afirma que tal cosa es así y, efectivamente, lo es. Con ello, un pensamiento o hipótesis será verdadero cuando efectivamente lo sea; por ejemplo, la hipótesis que Júpiter es más grande que Plutón es verdadera porque, efectivamente, lo es.

### 2.3. El punto de partida, la epistemología jurídica.

Con esto avanzado y a fin de analizar si la decisión de considerar una hipótesis se encuentra realmente justificada a través de un estándar de prueba. Por ejemplo, la hipótesis de culpabilidad del imputado o la hipótesis de inocencia sobre otra, se debe tener en claro que, si bien no es posible justificar una teoría con absoluta certeza, podemos justificar nuestra preferencia por una teoría sobre otra, por ejemplo, si su grado de corroboración es mayor.<sup>20</sup>

La verdad como correspondencia de lo que efectivamente ocurrió en el mundo muestra la relación teleológica entre prueba y verdad. A su vez, dicha relación demuestra la necesidad de acercarnos a lo que se conoce la “epistemología jurídica” que no es más que la epistemología aplicada al campo jurídico con la finalidad de determinar si los diversos sistemas de investigación de la verdad cuentan o no con un diseño apropiado<sup>21</sup> para poder analizar la formulación de los estándares de prueba. Ahora bien, si hacemos un análisis del Derecho, existen tres tipos de objetivos que lo encauzan<sup>22</sup>. El primer objetivo es la verdad como cuestión necesaria. La segunda premisa a partir es el reconocimiento que, ocasionalmente, los errores al momento de decidir una cuestión ocurrirán y, finalmente, la tercera premisa está relacionada a que la formulación de los estándares de prueba no responde exclusivamente a características epistémicas, sino que en ellas también se encuentran decisiones de carácter político.

---

<sup>19</sup> Ajdukiewicz, 34.

<sup>20</sup> Karl R. Popper, *Unended quest: An Intellectual Autobiography*, 5.ª ed., Routledge classics (London ; New York: Routledge, 2002), 118. “Although we cannot justify a theory – that is, justify our belief in its truth – we can sometimes justify our preference for one theory over another; for example, if its degree of corroboration is greater”

<sup>21</sup> Larry Laudan, *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013), 23.

<sup>22</sup> Larry Laudan, *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013), 22.

La relación teleológica entre prueba y verdad ha calado de forma profunda, pero no se llega a detallar la relación que guarda la verdad con lo que se entiende por justicia y cómo dicha relación se ha vuelto fundamental para entender el objetivo de la prueba al interior del proceso. De la misma forma, la relación de verdad y justicia ha tenido más peso en el ámbito normativo – procesal desde que se dejó atrás el debate de la dualidad de la verdad, una verdad material y una verdad formal<sup>23</sup>, cuya existencia se justificaba al interior de un proceso. Una decisión será más justa que otra cuando mayor relación o adecuación guarde con lo que efectivamente sucedió en el mundo.

Para ello, un ejemplo básico es imaginar un supuesto fáctico donde A asesina a B; supuesto que tiene dos posibles decisiones. Por un lado, tenemos la certeza que A será condenado por el asesinato de B, decisión que guarda relación con lo que realmente sucedió y; por el otro lado, tenemos que A será declarado no culpable debido a que como consecuencia del marco normativo – procesal<sup>24</sup> no se pudo alcanzar el estándar de prueba necesario para responsabilizarlo de la muerte de B.

Si ante estos dos supuestos se nos pregunta cuál de ellos es la decisión más justa, es altamente probable que la gran mayoría de personas respondan que es aquella decisión que encuentra al sujeto A como responsable de la muerte de B. Esta respuesta innata por parte de nosotros a lo que consideramos justo en relación a lo que efectivamente sucedió, indistintamente a lo que juez pueda determinar válidamente, en el marco normativo – procesal, nos hace darnos cuenta de que lo que, realmente, nos interesa más como sociedad es una decisión verdadera en el sentido de adecuación con lo que efectivamente sucedió a una decisión procesalmente válida.

Al mismo tiempo se debe reconocer que si bien es cierto que la existencia de un marco normativo – procesal puede generar problemas a la búsqueda de la verdad y, con ello, a alcanzar decisiones justas. Esto no justifica la posibilidad de hablar de dos tipos de verdades, una material y una formal, así como tampoco justifica que se prefiera una decisión válida procesalmente a una decisión verdadera que se adecúe con la realidad. Este interés por la verdad es aquello que motiva más el uso de sistemas de toma de decisiones basados en la epistemología en el ámbito jurídico.

La segunda premisa es el reconocimiento de la existencia de errores al momento de tomar una decisión en el proceso solo es constatar una realidad. Realidad que se encuentra presente en todo campo de conocimiento, la posibilidad de cometer errores al momento de tomar decisiones. Es claro que la posibilidad de errar no tiene las mismas repercusiones en todos los ámbitos de la actividad humana.

---

<sup>23</sup> Laudan, por su parte, hace un análisis de dos tipos de decisiones. Aquellas decisiones que son válidas normativamente y aquellas decisiones verdaderas.

<sup>24</sup> Presunción de Inocencia.

En el caso más simple de la vida cotidiana donde se decide, por insuficiencia de información, comprar el producto menos efectivo la consecuencia no es de una magnitud tal puesto que esta situación se corrige teniendo este dato en la siguiente compra y, el error como tal, no genera daños graves. La consecuencia llegará a ser, a lo mucho, el malestar de haber comprado algo inadecuado para los propósitos que se tenían. Caso contrario será el error dentro del campo médico que puede tener como consecuencias la muerte de miles de personas o daños irreparables en su salud o el error en fabricación de un sistema automotor que tendrá repercusiones en el frenado del vehículo haciéndole mucho más peligroso. Al final del día, sobre qué tipo de error estamos dispuestos a tolerar dependerá de las consecuencias que pueda tener este error y, en base a ello, establecemos el estándar de prueba adecuado para cada decisión teniendo en cuenta que tipo de consecuencias nos encontramos dispuestos a tolerar y cuáles no.

En el caso del proceso como herramienta para resolver una cuestión controvertida la situación tampoco es fácil teniendo en cuenta la diversidad de derechos que se encuentran tutelados. Esta variedad de derechos implica que el error no genera las mismas consecuencias en todas las ramas del Derecho. No es lo mismo un error en el caso de la obtención de un permiso de lunas polarizadas, Derecho Administrativo, como el error en el supuesto de medida coercitiva personal como lo es el de la prisión preventiva. En el caso del Derecho Penal se encuentra en juego la libertad de las personas y en el caso del derecho de daños se encuentra en juego la posibilidad de poder obtener un resarcimiento por el daño sufrido. Ambos son temas que no deben ser tomados a la ligera por el impacto que pueden tener en la vida de las personas. Es en este impacto sustancial que puede tener una decisión, ya sea favorable o desfavorable, que la posibilidad del error debe ser tomada con cuidado y dónde establecer un estándar de prueba objetivo resulta de suma relevancia.

De esta forma, se afirma que el error como tal no puede desaparecer, puesto que no es posible llegar a certezas absolutas, tanto para cualquier campo de conocimiento como al interior del proceso o procedimiento por lo que se debe tener en cuenta las consecuencias de una determinada distribución del riesgo del error en cada caso concreto. Con ello, ante la imposibilidad de eliminar los errores, la segunda situación más eficiente es manejar la distribución del riesgo del error, la cual termina siendo una decisión política. En el Derecho se puede hacer referencia no solo al estándar de prueba sino también a otros sistemas tales como la carga de la prueba, el beneficio de la duda y la presunción de la inocencia que son sistemas de distribución del error ante la insuficiencia probatoria.

Para hacer un análisis del Derecho y la Epistemología se resalta tanto el primer como el segundo objetivo, debido a que el tercer objetivo es uno extra epistémico, pero que sí guarda relación con el proceso como rama del Derecho. Algunos ejemplos de estas políticas públicas en el derecho es el principio de *non bis in idem*, la preclusión de determinadas actividades al interior del proceso o la

prohibición de admisibilidad de determinadas pruebas consideradas como ilegítimas. Estos ejemplos muestran que este tercer objetivo agrupa valores no epistémicos políticos (*non epistemic-policy values*)<sup>25</sup>.

Estos valores son considerados no epistémicos porque la implementación de los mismos parte de políticas públicas que, a final de cuentas, lo que terminan generando son obstáculos a la averiguación de la verdad. Ahora bien, será necesario determinar si la averiguación de la verdad es un objetivo que debe perseguirse a todo costo o, si, por el contrario, cuenta con límites sujetos a la eficiencia o incluso en base a otros fundamentos. Retomando sobre el efecto de las políticas públicas podemos tomar como ejemplo lo que opina BENTHAM sobre las pruebas y las reglas:

“Encontrar reglas de pruebas infalibles, reglas que aseguren una decisión justa, es, por la naturaleza de las cosas, absolutamente imposible; pero la mente humana es demasiado propensa a establecer reglas que solo aumentan la probabilidad de una mala decisión”<sup>26</sup>.

Atendiendo a los límites de la averiguación de la verdad como objetivo de un proceso para poder determinar la validez de una hipótesis y la estricta relación que guarda la verdad con justicia se debe admitir que, para el Derecho, así como para muchas otras ciencias, implica uno de los pilares fundamentales. Sin embargo, si bien averiguar la verdad nos permite llegar a una decisión justa no es lo único que importa al momento de tomar una decisión en un proceso, pues no se puede sacrificar todo por la verdad.

No al menos cuando nos encontramos ante un sistema que cuenta a los procesos como herramientas de solución de controversias y, en el otro lado, se encuentran los ciudadanos esperando que el sistema resuelva sus controversias en un tiempo prudencial. A esto se suma la realidad, al menos peruana, de un sistema judicial sobrecargado. Si la verdad fuera el único objetivo en todo proceso, tal vez pocos asuntos se resolverían y pocas serían las personas que verían sus controversias resueltas.

Por esa razón, el análisis se centrará en los dos primeros objetivos que son netamente epistémicos. En el caso del primer objetivo, que es la averiguación de la verdad debemos consignar que la verdad que se busca se hace con prescindencia o no que se hayan seguido, de forma cabal, las reglas procesales. Esto último es importante dado que existe la posibilidad que aun habiéndose seguido las reglas de un

---

<sup>25</sup> Larry Laudan y Cambridge University Press, *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology* (Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2008), 2.

<sup>26</sup> “to find infallible rules for evidence, rules which ensure a just decision, is, from the nature of things, absolutely impossible; but the human mind is too apt to establish rules which only increase the probabilities of a bad decision”: Jeremy Bentham y Etienne Dumont, *A treatise on judicial evidence: extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham*, *Traité des preuves judiciaires*. English. xvi, 366 p. (London: J.W. Paget, 1825), 180.

determinado proceso se llegue a condenar falsamente a un inocente, así como que se llegue a absolver falsamente a un culpable; es decir, no se puede deducir que de haberse seguido todas estas reglas la decisión sea la correcta.

La verdad como objetivo en lo que nos concierne tiene que ver con lo que efectivamente paso en el mundo real, independientemente de si un órgano jurisdiccional determina si pudo o no ser probado al interior de un proceso.<sup>27</sup>

Ahora bien, sobre por qué epistémicamente se prefiere la verdad material y no aquello que un jurado o un juez pueda determinar que es verdadero siguiendo al pie de la letra determinadas reglas procesales guarda relación directa con la relación teleológica entre prueba y verdad. Además, una decisión más acorde a lo acaecido en el mundo real es una decisión más justa. La razón se encuentra en la posibilidad que una decisión válida a pesar de haber seguido el marco normativo – procesal, sea una decisión falsa. Para esto último pondré como ejemplo una decisión judicial válida que refleja una conexión adecuada y coherente con las pruebas presentadas por las partes a lo largo del proceso, pero que es fácticamente falsa.

Es decir, que exista como premisa que el juez haya practicado y aplicado las reglas procesales de un determinado marco normativo no puede suponer, de forma definitiva, que la decisión a la cual se llegó sea verdadera. Es posible que sea procedimentalmente valida, pero fácticamente falsa. Con ello también se descarta que seguir al pie de la letra las normas procedimentales no logra disminuir el riesgo del error para las partes. Es más, el marco normativo - procesal en muchas ocasiones cuenta con reglas que terminan concluyendo en decisiones fácticamente incorrectas, pero válidas desde el marco normativo – procesal.

Para dar un ejemplo primero es necesario situarnos en un marco normativo – procesal, en específico nos situaremos en el peruano. Se tiene el artículo 344° del Código Procesal Penal que habla específicamente sobre la acusación que tiene que realizar el Ministerio Público una vez concluida la investigación preparatoria. La referida norma nos establece un estándar de prueba para formular la acusación, “sospecha suficiente”.

Ahora nos situaremos fácticamente ante la comisión de un delito, el homicidio de B perpetrado por A. Este suceso factico al momento de análisis se encuentra en el pasado por lo que solo se cuenta con rastros de lo que realmente sucedió. A su vez, estos rastros en la realidad se ven representados por los

---

<sup>27</sup> Esta posible dualidad de, lo que considera, verdad en el mundo real como lo que considera verdadero al interior de un proceso judicial es un debate que, a la fecha, ya ha sido abordado y sobre el cual no se profundizará.

recuerdos de los testigos y las pruebas materiales del evento. A esta variedad de rastros que pueden ser usados en la acusación no todos son encontrados por la policía. Tanto la policía como el fiscal tendrán que llegar a un punto en el cual decidan que tienen, al menos para ellos, los elementos necesarios para la acusación, pero también puede pasar que estos rastros o vestigios del pasado no sean encontrados por las autoridades provocando que el fiscal llegue a la decisión de un sobreseimiento. Esta decisión terminaría siendo discutida con el juez y la otra parte, otra parte que difícilmente se opondría al sobreseimiento y terminando en una decisión de amparar el sobreseimiento.

Esta decisión terminaría siendo una decisión válida dentro de nuestro marco normativo – procesal, pero que no guardaría ningún tipo de relación con lo que efectivamente sucedió. Los veredictos no constituyen los hechos, como tampoco lo hacen las pruebas presentadas en juicio. Finalmente, las únicas personas inocentes son aquellas que no cometieron el delito, sin importar lo que un juez o jurado haya podido concluir acerca de su culpabilidad o inocencia<sup>28</sup>.

Este grado de corroboración guarda relación directa con lo que realmente sucedió, porque, como apunta HAACK, lo que buscamos son decisiones justas, no únicamente decisiones; y la justicia sustantiva requiere la verdad fáctica<sup>29</sup>. Que se requiera de la verdad fáctica como objetivo de la prueba es una forma de minimizar el riesgo del error, pero minimizar el riesgo del error genera costes como tal y no es razonable postular que el derecho debe buscar la reducción del riesgo del error literalmente a cualquier coste<sup>30</sup>. Con esto solo se afirma que el derecho cuenta con fines independientes a la exclusiva búsqueda de la verdad, la verdad es importante, pero no lo es todo en el derecho.

Finalmente, esto guarda relación con lo que se conoce como la Epistemología jurídica, que no es otra cosa que la Epistemología aplicada, que LAUDAN<sup>31</sup> positivamente señala:

“(…) se encuentra orientada a determinar si los diversos sistemas de investigación que pretenden estar buscando la verdad cuentan o no con un diseño apropiado que les permita creencias verdaderas acerca del mundo”<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 36.

<sup>29</sup> Susan Haack, *Filosofía del Derecho y de la prueba: perspectivas pragmatistas*, trad. Carmen Vázquez (Madrid: Marcial Pons, 2020), 328.

<sup>30</sup> Juan Carlos Bayón Mohino, «Epistemología, Moral y Prueba de los Hechos: Hacia un Enfoque no Benthamiano», *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo* 2, n.º 4 (18 de diciembre de 2010): 12, <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.2-num.4-2010-252>.

<sup>31</sup> Algo que se debe mencionar es que tanto Haack como Laudan son dos filósofos de la epistemología, no abogados interesados en la epistemología jurídica. Sobre todo, en los problemas acerca de la prueba y el razonamiento probatorio.

<sup>32</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 23.



En este punto hay dos cosas que LAUDAN menciona que son de suma relevancia. El primero es que la existencia de un proceso que haya seguido de forma rigurosa las reglas procesales no es una garantía de que el veredicto sea correcto. El segundo hace referencia a que a través del fallo se sanciona, de manera oficial, una hipótesis particular sobre los hechos; pero que esto no debe ser confundido con el hecho de que las únicas personas que son inocentes son aquellas que no cometieron el delito, sin importar lo que el juzgador haya podido determinar con independencia de lo que las pruebas parecen indicar.<sup>33</sup> Asimismo, la verdad cumple con una función crucial en la sociedad, puesto que garantiza la adecuada sujeción de los particulares al derecho ya sea penal o civil. Esto en razón que la búsqueda de la verdad como parte del proceso, tiene como finalidad que todos los infractores sean condenados y, a su vez, que solo los culpables lo sean.<sup>34</sup>

Con ello, cuando se hable de la noción de verdad se hará en definitiva a aquel hecho que sucedió en el mundo en un determinado momento. Esto para dejar de lado esta dualidad de verdad material y verdad formal que no contribuye a lo que se viene tratando.

Retomando el segundo objetivo se hará un análisis sobre la relación que guarda con los estándares de prueba, cómo estos últimos son mejor entendidos desde la Epistemología y la función que cumplen en la distribución del riesgo del error.

Si hacemos un análisis de cómo se encuentran configuradas estas instituciones en el Derecho Penal, es más tolerable la existencia de errores que conlleven a absoluciones falsas en vez de condenas falsas. Esto es consecuencia a que en el Derecho Penal se cuenta con una mayor rigurosidad para condenar a alguien, lo que genera que sea difícil llegar al nivel de aval requerido; lo que se podría traducir en un mayor número de absoluciones falsas, pero en un menor número de condenas falsas, esto también en relación con el funcionamiento de la fiscalía, así como el mismo sistema procesal. Un ejemplo de esto sería considerar que es necesario que la culpabilidad aparente del acusado esté por encima del 0.9 así como también la existencia del famoso estándar de prueba de más allá de toda duda razonable aplicado para los casos penales.

Sin embargo, con todo lo dicho sobre estos tres objetivos es necesario tener en cuenta que, a diferencia de lo que Laudan comenta, no son exclusivos del ámbito punitivo, sino que son objetivos que, por su propia naturaleza, son parte de todo proceso en el cual se tenga que tomar una decisión basada en

---

<sup>33</sup> Laudan, 34-37.

<sup>34</sup> Gerald J. Postema, *Bentham and the common law tradition*, Second edition, Clarendon law series (Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2019), 334. “(i) the primary or original end of securing the punishment of all violators of the law, and (ii) the ‘collateral’ end of securing that only the guilty are punished”.

hechos, independientemente de su naturaleza civil, penal, administrativa, laboral, etc. Esto se debe a que en todo tipo de proceso se encuentra relacionado con algún tipo de inferencia probatoria, sobre todo las inferencias de carácter empírico<sup>35</sup>.

Pues bien, el presente trabajo no busca abarcar todas las reglas que inciden en la distribución del error, sino que se centrará en el que LAUDAN considera el más importante, los estándares de prueba.

#### 2.4. Sobre la probabilidad y qué se debe entender por ella

El razonamiento probatorio es de naturaleza inductiva e implica que a través de él no se puede alcanzar la certeza absoluta acerca de la verdad de una hipótesis y que, por consiguiente, el resultado que se alcanzará tras el proceso de valoración de la prueba sólo puede expresarse en términos de probabilidad<sup>36</sup>. Queda determinar que se debe entender por dicho probabilismo.

Es decir, que se debe entender por probabilidad. Al respecto se debe mencionar que existe más de una noción de probabilidad y dependiendo de que noción se utilice se cambiará la formulación de los estándares de prueba. Sin embargo, para escoger la adecuada noción de probabilidad se debe tener en cuenta el tipo de decisiones que se van a tomar con dicho estándar. En nuestro caso, nos encontramos ante decisiones jurídicas que se basan en un supuesto fáctico.

Respecto al término ‘probabilidad’ nos enfocaremos en dos. La primera es la probabilidad estadística y la probabilidad baconiana o inductiva. A su vez, dentro de la probabilidad matemática me centraré en lo que es su concepción estadística que se encuentra relacionada con leyes estocásticas de los procesos de azar; por otro lado, la concepción de probabilidad inductiva se encuentra dedicada a evaluar grados razonables de creencia en proposiciones que carecen de trasfondo estadístico<sup>37</sup>.

La primera acepción de probabilidad es aquella relacionada con las estadísticas donde se aprecia un uso formal directamente relacionado con las matemáticas. Se encuentra tan relacionada esta acepción al campo de las matemáticas que la probabilidad puede ser calculada de la siguiente forma:

$$P(A) = \frac{\text{número de casos favorables de A}}{\text{total de casos posibles}}$$

---

<sup>35</sup> Un tipo de inferencia de carácter empírico son las máximas de experiencia. Al respecto se debe tener en cuenta que, muchas veces, los jueces hacen un uso inadecuado de las máximas de experiencia. Con ello, me gustaría aclarar que el uso de las máximas de experiencia es útil siempre y cuando estén bien fundamentadas. Caso contrario es el uso de máximas de experiencia basadas en nada relevante; por ejemplo, los estereotipos.

<sup>36</sup> Bayón Mohino, «Epistemología, Moral y Prueba de los Hechos», 17.

<sup>37</sup> Ian Hacking, *The Emergence of Probability: A Philosophical Study of Early Ideas about Probability, Induction and Statistical Inference*, 2nd ed (Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2006), 46.

número total de casos posibles

La probabilidad se expresa como un valor entre 0 y 1 siendo que mientras más próximo se encuentre la probabilidad a 0 significa que es poco probable que el evento ocurra. Caso contrario será cuando la probabilidad se acerque más a 1 implica que es más probable que el evento ocurra.

Para poner un ejemplo usaré el caso de la moneda peruana que en una de sus caras cuenta con la denominación de la moneda mientras que en la otra cara cuenta con el escudo de armas de Perú. En este caso, cada que se lanza la moneda, independientemente de cuántas veces se lance a lo largo del tiempo, existe una posibilidad de obtener el escudo de armas.

$$P(\text{escudo de armas}) = \frac{\text{número de casos favorables para Escudo de Armas}}{\text{número total de casos posibles}}$$

$$P(\text{Escudo de armas}) = \frac{1}{2}$$

$$P(\text{Escudo de armas}) = 0,5$$

El resultado será que existe una probabilidad del 0.5 de obtener el escudo de armas en la moneda.

Otro ejemplo de probabilidad, que aún mantiene su simplicidad es el cálculo de la probabilidad en el caso de un dado. Al igual que el ejemplo anterior se debe determinar, previamente, la cantidad de casos posibles. En el caso de un dado este cuenta con seis caras y, con ello, el dado puede arrojar los siguientes resultados: 1, 2, 3, 4, 5, o 6. Con esto previamente determinado se puede calcular la probabilidad con la cual se podría obtener, por ejemplo, el número 4.

$$P(4) = \frac{\text{número de casos favorables de 4}}{\text{número total de casos posibles}}$$

$$P(4) = \frac{1}{6}$$

$$P(4) = 0,1667$$

Otro sería el caso donde existe un aumento del riesgo en más del doble de sufrir el síndrome de Guillan-Barré entre aquellos que recientemente se han vacunado contra la gripe porcina<sup>38</sup>. Como se puede apreciar en estos ejemplos se requiere un nivel de información completo tanto del número de casos favorables, así como el total de casos posibles para poder determinar la probabilidad<sup>39</sup>. Más adelante se argumentará que no es posible llegar a ese nivel de información ni tampoco es recomendable intentar alcanzarlo cuando nos encontremos ante una decisión judicial.

En el caso de la segunda acepción de probabilidad hace referencia a que el proceso de valoración racional ha de hacerse con métodos “bayesianos” de inducción eliminativa, contrastación o corroboración de hipótesis<sup>40</sup>. Esta concepción de probabilidad inductiva planteada por Cohen de la probabilidad se basa en que no existe la posibilidad de establecer una proposición con certeza absoluta; pero, lo que sí se puede hacer es tener conocimiento de la seguridad que puede brindar las pruebas respecto a una afirmación. Esto posibilita la existencia de grados de aval para tener probada o no una afirmación. Lo cual, al mismo tiempo, nos conduce al peso que tienen las pruebas para aumentar o disminuir la probabilidad en cuestión de una afirmación.

Con ello se tiene que el carácter epistemológico de la probabilidad y el carácter estadístico son conceptos distintos, entonces cabría hacernos la pregunta: ¿Cuál de estas dos concepciones de probabilidad es la que debe ser aplicada al razonamiento probatorio jurídico? Y, ¿por qué?

Uno de los primeros casos en los cuales se usó las probabilidades estadísticas data del año 1899, donde se intentó establecer si un capitán del Estado Mayor francés<sup>41</sup> era el autor de cierto documento que supuestamente cayó en manos alemanas. Para identificar que efectivamente el autor de dicho documento era el capitán francés, la fiscalía presentó a un profesional experto que constataba una serie de “coincidencias” entre la longitud y repetición de determinadas palabras entre algunas cartas que fueron encontradas en el domicilio del capitán. en relación con el documento en cuestión.

El hallazgo de estas coincidencias fue realizado a través de establecer la asombrosa frecuencia con la que ciertas letras en el documento aparecían sobre las mismas letras de la cadena de palabras construida en la repetición del uso de la palabra *intéret* luego de un número de veces. Esto luego de

---

<sup>38</sup> Haack, *Filosofía del Derecho y de la prueba*, 76.

<sup>39</sup> Estos ejemplos brindados se encuentran dentro de lo que se conoce como regla de Laplace. Regla que sólo se aplica a supuestos elementales equiprobables. A su vez, un supuesto elemental es un suceso que solo comprende un valor. Por otro lado, equiprobable que todos los sucesos tengan la misma probabilidad de suceder.

<sup>40</sup> Bayón Mohíno, «Epistemología, Moral y Prueba de los Hechos», 18.

<sup>41</sup> El caso a cuál se hace mención es del capitán Alfred Dreyfus a quien en 1894 se le acusó de alta traición a la patria una vez que se encontrará en la embajada alemana en París una carta dirigida a las fuerzas alemanas indicando información sobre el posicionamiento de determinadas tropas, así como la composición de artillería.

realizarse una variedad de ajustes complejos para que dicha frecuencia como tal exista. Es decir, se llegó a establecer una probabilidad entre 0 y 1 que expresaba que la carta encontrada en poder alemán correspondía al mayor francés.

El uso de una frecuencia matemática en este caso en particular jugó un rol determinante para la condena de Dreyfus, a pesar que años más adelante se demostró que la matemática usada en dicho caso respecto a la frecuencia de palabras no tenía sentido alguno, de modo que se condenó injustamente a un inocente. Lo que este caso pudo demostrar fue que los jueces que condenaron finalmente al capitán Dreyfus se encontraban impresionados y fascinados por el uso de un sistema formal y tan preciso como es el matemático. Argumentos matemáticos que ellos, como hombres de leyes, no podían entender cabalmente, generando un riesgo de dar un valor determinado a una frecuencia que no merecía dicha valoración y que no se podía explicar lógicamente.

Lo primero a desarrollar es que la posibilidad de expresar numéricamente los estándares de prueba, como es el estadístico, no es posible ni tampoco es recomendable cuando estamos ante un caso como la resolución de un caso dentro del ámbito jurídico. El uso preciso de las probabilidades matemáticas dentro de la corroboración fáctica de una determinada hipótesis podría ser determinada básicamente bajo la siguiente función dentro de un rango de posibilidades desde 0 hasta 1 donde  $P(X) = 0$  sería equivalente a que la hipótesis  $X$  es imposible y  $P(X) = 1$  sería equivalente a que la hipótesis  $X$  está probada con total certeza.

El principal problema que TRIBE<sup>42</sup> encuentra en el uso de las matemáticas, cuando habla sobre los costos de la precisión, es la dificultad, casi imposible, de poder asignar a  $P(X)$  un número que represente correctamente su verdadero valor. Es decir, que si vamos más allá de los casos simples como son el caso de una moneda o un dado, los supuestos de hecho fácticos que tienen que ser probados en un proceso son realmente complejos en cuantos a las variables que se encuentran presentes en su propia formulación. Esta complejidad de variables tendría que verse representada primero en valores numéricos de forma genérica para luego poder ser aplicados en un caso en concreto a fin de determinar la probabilidad final. A esto se suma el hecho que son pocos los operadores de Derecho en el caso peruano y creo que en forma general en todos los países que han tenido experiencia o conocimiento de lo que es la asignación de probabilidades estadísticas, haciendo que, si un determinado operador transforma su particular concepción de un caso a una figura matemática como 0,2, 0.5 o incluso 0.9 este simplemente sería un resultado de una adjudicación subjetiva sin ningún tipo de fundamento.

---

<sup>42</sup> Lawrence H. Tribe, «Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process», *Harvard Law Review* 84, n.º 6 (abril de 1971): 1358.

Ahora bien, si tuviéramos que encontrar el porqué del uso numérico como sistema para representar un determinado grado de probabilidad para determinar si se ha llegado al umbral establecido se debe a la facilidad con la cual los números permiten establecer hitos. Por ejemplo, si ante nosotros tuviéramos dos explicaciones; por un lado, un umbral de suficiencia planteado en términos inductivos de cuándo es seguro utilizar una máquina de rayos X; y, por el otro lado tuviéramos establecido que si el resultado es mayor a 0.5 tendrá como consecuencia que el uso de la máquina de rayos x sea seguro y el resultado es 0,7.

En este contexto es claro que es el segundo supuesto donde podríamos deducir, incluso sin ningún tipo de conocimiento previo sobre protocolos de seguridad o sobre el uso de los rayos x, e incluso afirmar que el uso de la máquina de rayos x, con el resultado de 0,7 es seguro. De alguna forma, la facilidad de representación para poder determinar cuándo se llega o se alcanza un determinado umbral es fácil de observar. Esto es debido a que la formalidad en la cual se presentan los números dentro de algunas materias hace atractivo para los operadores de Derecho usar dicho cálculo matemático mencionando que está probado con más del 0.9 en un determinado caso que sucedió la hipótesis A. Sin embargo, el simple uso de probabilidades matemáticas de un rango de 0 a 1 no convierte de por sí la decisión en objetiva, como se ha podido constatar. El mero uso de las matemáticas como forma de representación de la probabilidad en un determinado caso no es suficiente para que dicha decisión se encuentre debidamente fundamentada.

Al mismo tiempo, la posibilidad del uso de las matemáticas al momento de decidir, ya estemos ante un caso civil o penal, requiere que se tenga un nivel de suficiencia de información, no solo sobre el caso, sino respecto a todas las variables posibles. Esto con la finalidad de poder asignar el valor más adecuado a  $P(X)$ . No obstante, esto conlleva a dilatar un proceso de forma indefinida, olvidando que el proceso no solo es un mecanismo de búsqueda de la verdad, sino también la última línea de defensa de la sociedad para asegurar la solución pacífica de conflictos sociales<sup>43</sup>.

Finalmente, si bien es cierto que el debate sobre el uso de las matemáticas ha sido abundante, teniendo como resultado que dicha posibilidad sea descartada, no es raro el uso de los números al hablar de estándares de prueba, tanto por parte de jueces como por profesores de derecho<sup>44</sup>. Al respecto, sobre este uso continuo de los números al momento de hablar de estándares de prueba se debe a la facilidad

---

<sup>43</sup> H. Hart y J. Mcnaughton, *Evidence and inference in the law*, 1958, 40-64.

<sup>44</sup> Sobre esto hago referencia a cuando se menciona como, por ejemplo, referente al estándar de más allá de toda duda razonable como un estándar equiparable al 0.9 y cuando se habla sobre un estándar de prueba relacionado al derecho civil a un estándar equiparable a mayor del 0.5.

didáctica y representativa que tienen los números al momento de explicar los estándares de prueba<sup>45</sup>. Sin embargo, este uso didáctico de los números dentro de los estándares de prueba no debe escapar de este propósito: el didáctico, debido a que no se puede realizar el traslado de este uso meramente didáctico a instancias de decisión, como es el caso de un proceso donde la decisión debe estar debidamente motivada como parte del derecho fundamental a la debida motivación. Para este último fin, la adjudicación de números a probabilidades, a fin de determinar que una hipótesis está probada o no, no termina de justificarse.

La intención del uso de la probabilidad en su concepción estadística nos muestra una discordancia entre el tipo de concepción representativa de la prueba con los criterios para adoptar un estándar de prueba. A esto se suma que parece haber un acuerdo en que los modelos que tratan de expresar numéricamente el grado de probabilidad de una hipótesis son insostenibles<sup>46</sup>. Para ello, usare el ejemplo que plantea Tribe<sup>47</sup> cuando la identidad del responsable se encuentra en duda: Una persona es arroyada por un bus azul y la controversia gira en torno a determinar si el bus azul pertenece al demandado. Si el único dato disponible en el proceso fuera que el 80% de los buses azules son de propiedad del demandado y no existiendo otros buses en dicha zona. Ante ello, Tribe se plantea la pregunta sobre qué efecto dicha prueba tendría en la responsabilidad civil. Ferrer<sup>48</sup> retoma dicho ejemplo e indica que incluso si se condenara al propietario de los buses azules para resarcir los daños del accidente se acertaría en el 80 por 100 de los casos y se erraría en solo en el 20 por 100.

Sin embargo, tanto la epistemología como el derecho no están interesadas exclusivamente en la reducción del error debido a que una decisión judicial no esta justificada si declara probada la hipótesis verdadera por casualidad<sup>49</sup>. Como señala Pardo, decidir completamente en base al procedimiento aleatorio en el que la probabilidad de obtener un resultado u otro por casualidad también distribuye el riesgo del error, pero se estaría decidiendo de espaldas a los elementos de prueba<sup>50</sup> y olvidando que el objetivo de la prueba es la averiguación de la verdad.

---

<sup>45</sup> Dale A Nance, *The Burdens of Proof Discriminatory Power, Weight of Evidence, and Tenacity of Belief* (Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2016), 35-60. Al respecto el referido autor hace mención a las dificultades teóricas como prácticas de la aplicación de las matemáticas dentro de los estándares de prueba rescata el uso de los números como un método práctico de representatividad de los números. Sin embargo, esta facilidad de representación no debe ser confundida con una base fundamentada que asegure su uso por parte de los jueces al momento de establecer los umbrales de prueba al interior de un proceso.

<sup>46</sup> Bayón Mohino, «Epistemología, Moral y Prueba de los Hechos», 18.

<sup>47</sup> Lawrence H. Tribe, «Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process», *Harvard Law Review* 84, n.º 6 (abril de 1971): 1340.

<sup>48</sup> Ferrer, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, 71.

<sup>49</sup> Ferrer, 73.

<sup>50</sup> Michael S. Pardo, «On Misshapen Stones and Criminal Law's Epistemology», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 5 de noviembre de 2007), 360.

Con esto se entiende que la probabilidad estadística no dice nada acerca de los hechos individuales sino únicamente de las frecuencias<sup>51</sup>. No se puede establecer una asignación estadística de suficiencia probatoria para un razonamiento que no es estadístico<sup>52</sup>.

Con esto, al hablar sobre la probabilidad, desde una concepción epistemológica aplicada a proposiciones, se mide de forma general nuestro grado de conocimiento del mundo<sup>53</sup> y que, por tanto, un método de deducción eliminativo es el esquema adecuado para la valoración de la prueba en el proceso judicial<sup>54</sup>.

El esquema de razonamiento planteado por FERRER sería el siguiente, si consideramos que la mejor forma de analizar el razonamiento probatorio dentro del proceso judicial es uno que considere aspectos lógicos y que se puedan controlar intersubjetivamente.

$$(1) H \text{ y } SA \text{ y } CI \rightarrow P$$

De esta forma podemos constatar una hipótesis donde H representa la hipótesis, SA los supuestos adicionales, CI las condiciones iniciales y P la predicción. Entonces, en aquellos supuestos donde encontremos dichos elementos es muy probable que se dé la predicción.

El ejemplo que plantea FERRER nos permite ver el uso de todos estos elementos en un caso de investigación penal.

“Si la policía detiene a un hombre del que sospecha que es el autor de la muerte a tiros, pocos minutos antes, del dueño de una joyería en la que han entrado a robar puede hacer (y suele hacer) la siguiente predicción: si el detenido es el autor del disparo (H) y dados los rastros de pólvora que un disparo deja sobre las manos de quien dispara, que pueden comprobarse mediante el procedimiento técnico x (SA) y dado que el autor del disparo no portaba guantes en el momento de disparar (CI), entonces se encontrarán rastros de pólvora sobre las manos del detenido (P)”<sup>55</sup>.

Al partir de este tipo de estructura de razonamiento probatorio, se indicó que se trataba de un método de inducción eliminativo; puesto que la hipótesis planteada tiene que estar, por parte del juzgador, en

---

<sup>51</sup> Ferrer, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, 74.

<sup>52</sup> Ferrer, 80.

<sup>53</sup> Jordi Ferrer, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, 1.ª ed. (Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2021), 67.

<sup>54</sup> Ferrer, 88.

<sup>55</sup> Ferrer, 96.



constante corroboración con otras hipótesis de las cuales se obtenga la misma predicción pero que impliquen, por ejemplo, la inocencia del imputado.

A esto se refiere cuando de la doble función de las predicciones realizadas de la hipótesis en cuanto se desafía la hipótesis y cuando la predicción no se cumple aquella queda cuestionada y, por otro lado, supone la eliminación de las hipótesis que no puedan predecir lo mismo<sup>56</sup>. De esta manera, la hipótesis no tiene un peso por sí misma, sino que adquiere relevancia para el juzgador a través de su constatación con otras predicciones que chocan con la hipótesis inicial, generando que estas últimas se vayan eliminando de forma constante. En dicha actividad la corroboración se convierte como parte de un nuevo elemento de juicio; donde tanto las máximas de experiencia, las generalizaciones empíricas y las pruebas permiten establecer tanto las condiciones iniciales como los supuestos adicionales necesarios para dicha corroboración.

Con ello podemos afirmar que pueden existir diversas concepciones de probabilidad en distintas materias, como indica HACKING; pero de estas nos interesan sobre todo dos dentro del análisis jurídico al interior de un proceso. La primera hace referencia a la probabilidad entendida como una asignación numérica y la segunda a la probabilidad baconiana, la cual es la más adecuada para el razonamiento probatorio al interior de un proceso judicial, donde el aspecto a rescatar de la probabilidad es que nunca puede ser equiparada a una certeza absoluta.

### III. EL ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCESO

#### 3.1. Los fines de los estándares de prueba en el proceso

Analicemos la cuestión relacionada directamente a los estándares de prueba como una herramienta para la distribución del riesgo del error al interior del proceso. Habíamos delimitado que si bien el estándar de prueba no era el único método de distribución de errores este representaba el más importante de dichos métodos. Sin embargo, a diferencia de lo que comenta Laudan, los estándares de prueba tienen más de una función en el proceso.

Para poder identificar la finalidad de los estándares de prueba en el proceso se debe partir de tener de forma clara lo que es un estándar de prueba y la manera en que funciona. Esta claridad, a su vez, permitirá entender los diferentes objetivos que garantiza contar con un estándar de prueba objetivo. Un estándar de prueba puede ser encontrado en diferentes aspectos de la vida, desde los más simples

---

<sup>56</sup> Ferrer, 99.

hasta los más complejos. Dichos estándares de prueba son necesarios cuando la decisión adoptarse va más allá de lo individual y, en especial cuando dichas decisiones son públicas. Así como podemos encontrar estándares de prueba establecidos para poder empezar la comercialización de una nueva droga para tratar una enfermedad.

Es decir, los estándares de prueba se encuentran presentes en cualquier rama de la actividad humana. Como se puede apreciar tanto en el ejemplo sencillo como en el complejo se encuentra la existencia de una hipótesis, la hipótesis puede intentar verificar algo fáctico o como también puede intentar verificar algo jurídico<sup>57</sup>.

Lo que queda en el aire es poder decidir cuándo buscaremos contar con un estándar de prueba más exigente que otro y las razones que justifican dicha exigencia. Al menos cuando nos encontramos ante decisiones personales donde el nivel de exigencia es variable de persona en persona la objetividad o control sobre dicho estándar no es una cuestión que amerite un estudio. Es en el caso de decisiones que afectan las esferas jurídicas de otras personas que se tiene que determinar qué es lo que una sociedad prefiere sobre otra cosa. Sin duda, esta decisión es una de política pública mas no epistémica. Sobre la exigencia requerida se tiene que precisar que representa un reflejo de una decisión colectiva por parte de la sociedad para ubicar el umbral requerido en un punto y no en otro<sup>58</sup>. Un ejemplo de esto es cuando hablamos del estándar de prueba penal que, hasta la fecha, pretende ser uno de los más rigurosos. Benjamin Franklin refiere que *it is better 100 guilty persons should escape than that one innocent person should suffer*<sup>59</sup>. Otro ejemplo lo encontramos en Fortescue cuando menciona *one would much rather that twenty guilty persons should escape the punishment of death, than that one innocent person should be condemned and suffer capitally*<sup>60</sup>.

Con esto determinado, se puede pasar a determinar las funciones del estándar de prueba. Estos son tres; el primero, aportar los criterios imprescindibles para la justificación de la decisión misma; segundo, sirven de garantía para las partes y; finalmente, distribuyen el riesgo del error entre las partes<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Sobre este punto cuando se habla de algo jurídico se debe entender que es un hecho fáctico que cuenta con relevancia jurídica.

<sup>58</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 105.

<sup>59</sup> Benjamin Franklin, *The works of Benjamin Franklin*, ed. John Bigelow, vol. II (New York & London: G.P. Putnam's Sons, 1785), 13.

<sup>60</sup> John Fortescue, *De Laudibus Legum Anglia*, ed. Stanley Chrimes (Cambridge University Press, 1470), 65.

<sup>61</sup> Ferrer, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, 109.

Sobre la primera función, los estándares de prueba aportan los criterios de suficiencia probatoria<sup>62</sup> en cuanto determina cuando una hipótesis en concreto, posterior a la valoración racional de las pruebas, puede ser considerada como probada. Lo cual se encuentra estrictamente relacionado a la posibilidad de contar con un estándar de prueba objetivo que permita al juez no depender de una evaluación basada en el mero convencimiento subjetivo sino en establecer racionalmente que cualquier atribución de responsabilidad cumpla con el estándar de prueba establecido previamente. Lo que se busca con los estándares de prueba es dejar atrás la justificación subjetiva de las decisiones judiciales o incluso fiscales para la acusación.

Un ejemplo de esto se encuentra, se encuentra en el vigente Código Procesal Peruano en su artículo 321 cuando prescribe que:

**“La Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.”**

(énfasis agregado)

La forma en cómo se encuentra estipulado dicho artículo muestra aún el carácter subjetivo de las decisiones a razón que el estándar debe decirle al fiscal o juez cuando estará justificado que se declare como probado un hecho, no que lo declare probado si ha alcanzado un determinado grado de convencimiento al respecto. Contra ello, los estándares de prueba al ser un umbral de suficiencia probatoria permiten al juez determinado si el grado de corroboración alcanzado de un determinada hipótesis o enunciado puede ser considerada como probada o no. El grado de corroboración que es necesario para satisfacer el estándar de prueba depende del cómo se encuentre diseñado el estándar de prueba y este, a su vez, depende cómo el riesgo del error sea asignado entre las partes.

Leyes causales que deben estar fundamentadas en un sólido conocimiento científico y no en meros estereotipos o prejuicios. Un ejemplo de una máxima de experiencia sin fundamento lo podemos encontrar en un caso peruano donde un Juzgado Penal Colegiado en Perú decidió absolver al imputado por el cargo de violación en razón a que la víctima, el día de la presunta agresión sexual, se encontraba usando ropa interior de color rojo con encaje. Color y encaje por el cual llegaron a la conclusión que se encontraba predispuesta a tener relaciones sexuales. Esto nos permite apreciar que

---

<sup>62</sup> Marina Gascón, «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 28 (15 de noviembre de 2005): 137.

no toda inferencia disfrazada como una máxima es verdadera y que la solidez de la máxima de experiencia se encuentra fundamentada, a su vez, en una base científica.

La solidez epistemológica, por su parte, atribuye al margen de error que puede presentar la prueba como tal, en caso que esta pueda ser corroborada. Como ejemplo podemos situarnos en el caso de prueba de paternidad de un examen de sangre para poder determinar la filiación de una persona hacia otra. En este caso, es claro que existe solidez epistemológica debido a que el grado de fiabilidad de dichas pruebas es del 0.99 cuando confirma la filiación y de 1 cuando niega la filiación.

El número de pasos inferenciales hace referencia a los pasos inferenciales entre la prueba y la hipótesis. No es la misma cantidad de pasos inferenciales que se puede obtener de un video donde se ve que el sujeto A apuñala al sujeto B para poder llegar a la hipótesis de culpabilidad al caso donde se encuentra un cabello del sujeto A en la escena del crimen.

Sobre este último ejemplo es claro que la cantidad de pruebas o confirmaciones será necesaria en cuanto no es una prueba directa como es el caso de la cinta de video. Los pasos inferenciales que tomará llegar a la hipótesis con solo el cabello de A en la escena del crimen se verán reforzada o no por la cantidad de pruebas que puedan llegar a la misma inferencia. Por último, la variedad de pruebas permite poder llegar a la misma inferencia desde distintos campos de conocimiento, pruebas científicas y pruebas indiciarias.

Con ello, resultan criterios a los que el juzgador debe atender para valorar el grado de confirmación que las pruebas atribuyen a una hipótesis.<sup>63</sup> Si atendemos a la pluralidad de instancias presentes entonces no solo implican criterios de a partir del cual se pueda determinar si el grado de corroboración alcanzado es suficiente para el juez de primera instancia, sino que también implica que los jueces de las demás instancias al momento de atender un pedido recursal podrán verificar si dicho umbral de suficiencia ha sido alcanzado. De esta forma, no solo garantiza que los jueces se encuentren en la obligación de tener que especificar si el grado de confirmación que las pruebas atribuyan a una hipótesis en base a un estándar de prueba ha sido alcanzado, sino que también permite que los jueces, que revisaran lo decidido en primera, puedan realizar la misma tarea.

En relación a la segunda función, los estándares de prueba como garantía para las partes, se aprecia que solo cuando las partes pueden conocer el umbral de suficiencia probatoria es que podrán tomar decisiones racionales antes y durante el proceso respecto de la estrategia de defensa de sus intereses.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Gascón, 139.

<sup>64</sup> Ferrer, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, 112.

En el caso de una pretensión de naturaleza civil cuyo proceso es facultativo encontraremos que el estándar de prueba definido de forma objetiva tendrá como consecuencia que la parte que pretende hacer valer su derecho en dicha vía analice si cuenta con los elementos de prueba necesarios para poder satisfacer dichos estándares de prueba a fin de llegar a una decisión favorable a su causa.

Por el contrario, en el caso del proceso penal que se caracteriza por ser de interés público y, por ende, no tener la característica de facultativo permitirá al fiscal poder organizar su estrategia a fin de; primero, obtener las pruebas necesarias para poder satisfacer el estándar de prueba para poder formular acusación contra el o los imputados; segundo, poder analizar si cuenta con los elementos de prueba necesarios para poder, de ser necesario, solicitar alguna medida de coerción personal; y así progresivamente hasta poder ver si cuenta con los elementos de prueba necesarios para satisfacer el estándar de prueba para hacer responsable penalmente a los acusados. Del lado del fiscal le permite, de antemano, conocer los posibles riesgos probatorios, así como los posibles resultados de un mayor o menor acervo probatorio.

Aquí me gustaría agregar que no sólo cumple con la función de garantía para las partes puesto que las partes solo existen con el inicio del proceso como tal. La posibilidad de contar con estándares de prueba genuinos dota de predictibilidad la aplicación de la norma. Es decir, que, si un sujeto A conoce no solo la consecuencia de la norma, sino que también conoce la probabilidad por la cual puede ser responsabilizado por dicha conducta es entonces que adecua su conducta.

Establecer un estándar de prueba más alto o no también, en consecuencia, tendrá un efecto en cómo los ciudadanos adecuan su conducta ante la norma debido a que la aplicación de la norma juega en dos niveles. En un primer nivel podemos tener la consecuencia jurídica a un supuesto de hecho en específico y en otro nivel se tiene el estándar de prueba por el cual se tiene como probado o no dicho supuesto de hecho. Tener un estándar de prueba bajo para una norma cuya consecuencia jurídica es grave provocará que los ciudadanos evitar entrar en el supuesto de hecho como tal porque no sólo conocen la consecuencia jurídica, sino que también conocen que es sencillo alcanzar el umbral donde sean encontrados responsables.

En cambio, con un estándar de prueba demasiado riguroso si bien es cierto los ciudadanos conocen la consecuencia jurídica al supuesto de hecho también conocen que es poco probable que sean encontrados responsables, por más grave que sea la consecuencia jurídica, debido a que es más difícil alcanzar el estándar de prueba requerido para ser hallados responsables. En definitiva, la norma por sí sola no es suficiente como garantía, sino que requiere también que existan estándares de prueba genuinos que les permitan poder predecir los posibles resultados de sus acciones.

Finalmente, los estándares de prueba tienen la función de distribuir el riesgo del error entre las partes. El error que interesa para el presente trabajo es cuando una persona inocente es tratada como culpable o cuando una persona culpable no es hallada como tal por el sistema judicial.<sup>65</sup> Con ello, lo que se debe rechazar de plano es la creencia que son las decisiones judiciales quienes crean la responsabilidad o no de las personas. Es decir, cuando hablamos de error se hace en un sentido estrictamente lógico y epistémico<sup>66</sup>.

Una vez esto determinado es que se puede pasar a la cuestión de qué distribuye el estándar y entre quienes lo hace. A lo primero debemos recordar la imposibilidad de certezas como resultado del proceso, al igual que en cualquier ciencia, por lo que siempre existirá el riesgo de error.<sup>67</sup> El estándar como tal es una regla que distribuye dicho riesgo de error entre los principales participantes del proceso: las partes. Pero, no es una función del estándar de prueba la disminución total del riesgo de error como tal, pues la disminución del error se da a través del acervo probatorio en cada caso: a mayor acervo probatorio relevante menor será el riesgo de error.

Lo afirmado en el párrafo anterior se ejemplifica claramente mediante la aplicación de un estándar mínimo y otro elevado al mismo caso. De esta forma podremos vislumbrar las consecuencias para cada caso antes de entrar a las razones por las cuales se fija el estándar de prueba, ya sea uno bajo o uno alto.

En el caso del estándar de prueba mínimo, la consecuencia directa que se tendrá es que el error se distribuye de forma igualitaria entre las partes, en razón que, la posibilidad de error al tener como probada una hipótesis es simétrica a la posibilidad de error al declararla como no probada<sup>68</sup>; es decir, el falso positivo como el falso negativo. En el caso de un estándar de prueba alto la situación cambia, pues existirá un mayor número de absoluciones falsas, esto en razón que se necesitarán mayores elementos de prueba que corroboren una hipótesis fáctica, mientras que en el caso de condenas falsas esta se reducirá.

Finalmente, el establecimiento de un determinado estándar de prueba –ya sea alto o bajo– por parte del legislador, tanto para procesos penales o civiles, dependerá exclusivamente de los valores que represente los costos tanto de falsos positivos como falsos negativos en una sociedad determinada, así

---

<sup>65</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 34.

<sup>66</sup> Laudan, 33.

<sup>67</sup> Así como habíamos determinado que no es posible asignar una frecuencia matemática a la probabilidad en el caso de decisiones judiciales tampoco es posible realizar este procedimiento al riesgo de error.

<sup>68</sup> Paula Vía de Gil, *¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal* (Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2014), 137.

como de las utilidades atribuibles a las condenas y a las absoluciones verdaderas<sup>69</sup>. Es decir, estamos frente a la gestión y reducción tanto de delitos como de daños que puedan sufrir los ciudadanos a razón que la decisión de exigencia del estándar de prueba dependerá de qué consecuencia es más aceptable para una sociedad, si es más aceptable contar con inocentes siendo responsabilizados o si responsables siendo declarados inocentes.

### **Más allá de la duda razonable ¿Un estándar de prueba adecuado?**

En el marco procesal peruano se puede ver la existencia de distintos estándares de prueba tanto para poder acreditar la responsabilidad penal como el caso de la responsabilidad civil. Sin embargo, debo adelantar que estos no podrían ser llamados estándares de prueba objetivos y que cumplan las funciones descritas en el punto anterior.

Algunos de estos denominados estándares de prueba son los niveles de sospecha en el proceso penal que va desde la sospecha inicial simple para las diligencias preliminares, sospecha reveladora para la formulación de investigación preparatoria, sospecha suficiente para la formulación de acusación, sospecha fuerte para el auto de prisión preventiva y la certeza para la sentencia condenatoria. Es notable que desde su propio planteamiento la insuficiencia de objetividad epistemológica para poder ser considerados como genuinos estándares de prueba.

Sin embargo, partiré del estándar de prueba que es más conocido no solo a nivel del marco – procesal peruano sino también latinoamericano y de procedencia del common law, siendo este el de “más allá de toda duda razonable” (*beyond a reasonable doubt*) Es en este uso donde se encuentra la clave para entender los distintos mecanismos de control de una decisión debido a que si el estándar con el cual se condena a una persona penalmente carece de la posibilidad de ejercer las diferentes funciones de los estándares de prueba. A su vez, al ser considerado el estándar más alto en relación a la consecuencia, se debe esperar que mientras mayor objetividad posea el estándar, mayor será la facilidad de control intersubjetivo de la decisión que se llegue a través del uso de dicho estándar de prueba.

Corresponde ahora analizar si efectivamente dicho estándar de prueba puede ser considerado como objetivo, más aún, cuando lo que está en juego es la posibilidad de señalar una hipótesis como probada tanto trayendo como consecuencia que se declare la responsabilidad o no de una persona. Esta objetividad que se busca en el estándar de prueba es totalmente necesaria en razón a que si no se tiene

---

<sup>69</sup> Edgar R. Aguilera, *La fijación del nivel óptimo de suficiencia en contextos jurídicos: Comparando dos modelos*, 2018, 8.

este requisito nos encontramos ante un estándar que en realidad no significa nada, una etiqueta vacía. Estaríamos ante una herramienta con las características de una regla cuya función es medir y poder conocer cuando se llega a un umbral determinado, pero que al revisar la regla en cuestión esta no cuenta con ninguna característica que permita dicho control.

La objetividad a la que nos referimos resulta necesaria, pues, de existir un estándar sin dicha cualidad, nos encontraríamos ante una institución jurídica carente de funcionalidad, prácticamente la arbitrariedad de las decisiones. Esta falta de objetividad no solo afectaría al fallo emitido por el juzgador, sino a todo el proceso, detonando e imposibilitando la aplicación de instituciones de suma relevancia como la presunción de inocencia o la carga de la prueba. No se puede negar el avance a pasos gigantes que se ha realizado en temas de prueba, pero todos estos avances, que son intra-procesales, sufren la posibilidad de verse afectados ante la imprecisión de lo que es el estándar de prueba pues están sujetos a la verificación de determinados umbrales para su aplicación.

El juzgador no se vuelve automáticamente una máquina de tomar decisiones infalibles al momento que es designado como juez ni al momento que toma conocimiento de un caso en específico. Detrás de ese rol de juzgador se encuentra una persona común y corriente como puede ser el lector o mi persona; condición humana por la cual siempre existe la posibilidad de error en la decisión. En ese contexto, el estándar de prueba solo refuerza su necesidad de precisión y objetividad.

Es necesario centrarnos en el tema de la objetividad y sobre el tema de la precisión, puesto que este último ha sido entendido en construcciones jurisprudenciales, donde indicar que se alcanzará el estándar necesario cuando exista una prueba objetivamente suficiente, cayendo en una especie de tautología suficiente cuando se cree que es suficiente, decir que es suficiente realmente no es suficiente. Para el caso, más allá de toda duda razonable, debe indicarse que se trata de un estándar de prueba característico del derecho anglosajón que fue traído a nuestro sistema sin tener en consideración algunos aspectos que hacen que su uso difiera y, es en este punto, donde más críticos debemos ser con dicho estándar de prueba y su aplicación.

Para ello, corresponde precisar que, en el caso del Derecho anglosajón, contamos con la participación de un “jurado” como órgano de decisión, el mismo que está conformado por personas ajenas al Derecho –que, por lo tanto, carecen de conocimientos relacionados con los estándares de prueba–, que juzgan en base a cuestiones morales. La certeza moral y la prueba más allá de la duda razonable se encuentra resumida de la siguiente forma por Lemmel Shaw:



“(…) Entonces ¿Qué es una duda razonable? Es un término usado con frecuencia, probablemente bien comprendido, sin embargo, difícil de definir. No se trata de simplemente de una duda posible; dado que todo lo relacionado con el quehacer humano, lo cual depende de pruebas que producen sólo certeza moral, está abierto a alguna duda posible o imaginaria. Se trata pues, de ese estado del caso que, tras una completa comparación y consideración de todas las pruebas, deja la mente de los miembros del jurado en una condición tal que no pueden decir que no experimentan una convicción perdurable, que produce certeza moral, acerca de la verdad de los cargos respectivos. La carga de la prueba corresponde al fiscal. Independientemente de las pruebas específicas, todas las presunciones jurídicas están a favor de la inocencia; y toda persona es presumida inocente hasta que no sea probada su culpabilidad Si todavía subsiste una duda razonable en relación con dicha prueba de culpabilidad, el acusado tiene derecho a beneficiarse de tal presunción en términos de una absolución. Ya que no es suficiente establecer que hay mayores probabilidades de que los hechos imputados sean verdaderos que las que hay de que no lo sean, aunque se trate de una probabilidad fuerte obtenida mediante el cálculo riguroso de probabilidades; sino que las pruebas han de establecer la verdad de los hechos en el sentido de producir una certeza razonable o moral; es decir, una certeza que convence, dirige el entendimiento y que satisface la razón y el juicio de aquellos obligados a actuar conscientemente con base en esa certeza. Esto es lo que se considera prueba más allá de toda duda razonable (…)”<sup>70</sup>

A su vez, la Quinta Corte de Circuito de Estados Unidos indica que:

“Por lo tanto, prueba más allá de una duda razonable es de un carácter tan convincente que estaría dispuesto a confiar y actuar sin vacilación en tomar las decisiones más importantes de sus propios asuntos.”<sup>71</sup>

El hecho que se use una noción que se cree que se volverá menos clara mientras más se intente explicarla<sup>72</sup> representa los intentos de explicación de lo que significa más allá de toda duda razonable. Hay dos aspectos distintos respecto a los estándares de prueba, uno es identificar cómo se puede plantear un estándar de prueba que realmente fije un umbral de suficiencia probatoria y el otro es identificar la distribución del riesgo del error para las partes. El primer problema que se encuentra tanto con prueba más allá de toda duda razonable como estándar penal es que es fundamentalmente subjetivo y un estándar de prueba debe decirle al juzgado cuando estaría justificado que se tenga como probada una hipótesis, no que lo declare probado si ha alcanzado un determinado grado de

---

<sup>70</sup> Commonwealth v. Webster, 59 Mass. 1850, 295:320.

<sup>71</sup> Instrucción al jurado 1. 6 del Quinto Circuito Penal, 1990.

<sup>72</sup> Jon Newman, «Beyond Reasonable Doubt», *New York Law Review*, 1993, 984.

convencimiento al respecto.<sup>73</sup> Por otro lado, cuando hablamos del estándar de prueba civil que es el de probabilidad preponderante se puede apreciar que en su formulación no se puede evidenciar un umbral de suficiencia probatoria, no se puede determinar a partir de que momento una hipótesis es preponderante sobre otra.

A su vez, que cada juez entienda y aplique lo que mejor entienda por más allá de toda duda razonable termina convirtiendo el sistema en uno visiblemente carente de confiabilidad y predictibilidad. Nos encontraríamos ante un estándar de prueba que no aporta los criterios para la justificación de la decisión misma, no sirve como garantía para las partes y distribuye el riesgo del error de las partes sin ningún tipo de racionalidad. Un sistema inherentemente injusto que imposibilita el control intersubjetivo mediante parámetros lingüísticamente objetivos.

Este problema de definición aún se mantiene en tanto se ha llegado al punto, como indica Laudan, de evitar cualquier explicación de más allá de toda duda razonable: “Esta situación ha propiciado que muchos tribunales de apelación insistan en que los jueces no deben tratar de explicar BARD en las instrucciones que dan a los jurados”<sup>74</sup>

Esto se hace más evidente cuando “la duda razonable debe hablar por sí misma. Los miembros del jurado saben lo que es razonable y están bien familiarizados con el significado de duda. Los intentos de los jueces y abogados de inyectar otras frases amorfas y de moda al estándar de toda duda razonable, tales como asuntos de la mayor importancia, solo empantanar las aguas... por tanto, es inapropiado que los jueces den instrucciones que incluyan alguna definición de duda razonable, y es igualmente inadecuado que los abogados ofrezcan una definición durante el juicio”<sup>75</sup>

### 3.2. El estándar de responsabilidad civil: la probabilidad prevalente

Si para la responsabilidad penal es la duda razonable entonces para la responsabilidad civil será la probabilidad prevalente la cual puede ser definida de dos formas; una basada en la probabilidad estadística y otra basada en la probabilidad inductiva.

En su formulación estadística se representa por la regla de “ $P > 0,5$ ” donde garantiza una distribución igualitaria de los riesgos de error entre las partes. Es decir, garantiza un trato indiferenciado a las partes del proceso, así como también establece un umbral de suficiencia en una escala del 0 al 1.

---

<sup>73</sup> Bayón Mohíno, «Epistemología, Moral y Prueba de los Hechos», 19.

<sup>74</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 84.

<sup>75</sup> *Us vs. Glass*, 846 F. 2, 1988, 386.

En su formulación inductiva se puede definir como aquella hipótesis fáctica que debe preferirse si su probabilidad prevalece sobre la probabilidad de cualquier otra hipótesis, y en particular sobre la probabilidad de la hipótesis contraria<sup>76</sup>.

Respecto a la probabilidad prevalente en su formulación estadística es obvio que esta no es la adecuada para el proceso en tanto la probabilidad usada en los estándares de prueba no es la estadística sino una de naturaleza inductiva ya que los criterios que se utilicen en los estándares de prueba para establecer un umbral de suficiencia probatoria deben ser el tipo de criterios adecuados de acuerdo con la estructura del razonamiento. Por tanto, no se puede establecer medidas estadísticas de suficiencia para un razonamiento que no sea, a su vez, estadístico<sup>77</sup>.

Por otro lado, si tenemos en cuenta la formulación inductiva de la probabilidad prevalente es claro que no llega a transmitir en su formulación el contenido mismo del umbral de suficiencia probatoria. Es decir, no expresa cuando el grado de corroboración se ha alcanzado. Esta deficiencia se comparte tanto en el más allá de toda duda razonable como en el de la probabilidad prevalente ya que no logran determinar cuándo se ha alcanzado la duda razonable ni cuándo la probabilidad es prevalente.

Con esto, no se cumple uno de los requisitos que todo estándar de prueba debería cumplir, la función de establecer un umbral de suficiencia probatoria debido a que la probabilidad prevalente no pretende ser un estándar de prueba sino atribuir racionalmente grados de confirmación a las distintas hipótesis<sup>78</sup>.

Ahora bien, que el estándar de prueba de la responsabilidad civil sea el mismo para todos los casos solo pone en evidencia que para establecer el estándar de prueba en el caso peruano resulta más relevante la materia del proceso, civil o penal, que hacer un análisis de que forma el riesgo del error puede causar un impacto negativo en los bienes jurídicos de las partes que se están tutelando. Existe una mínima sensibilidad a la distribución del riesgo del error.

Cuando lo únicamente relevante para establecer el estándar de prueba es la materia civil entonces no existe una adecuada distribución del riesgo del error. Por otro lado, cuando se cuenta con una pluralidad de estándares de prueba en materia civil lo que se hace es reconocer que el riesgo del error se reparte de forma diferenciada porque el sistema tiene una mayor sensibilidad hacia la comisión de un determinado error en desmedro de otro.

---

<sup>76</sup> Michele Taruffo y Daniela Accatino Scagliotti, *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*, Colección Filosofía y derecho (Madrid: M. Pons, 2010), 250.

<sup>77</sup> Ferrer, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, 80.

<sup>78</sup> Bayón Mohino, «Epistemología, Moral y Prueba de los Hechos», 18.

Con ello, también se reconoce que los diversos tipos de relaciones entre particulares que existen en una determinada sociedad debido a que en no todos los casos de responsabilidad civil el riesgo del error será de la misma magnitud para las partes.

### 3.3. Estándares de prueba en el Código Procesal Penal Peruano

Retornando al caso peruano puede que la inclusión de más allá de toda duda razonable haya propiciado un desarrollo más riguroso de lo que significa dicho estándar de prueba en el marco procesal peruano. Sin embargo, esta situación no se ha llegado a concretar. Para esto tocaré de forma breve algunos de los estándares de prueba en materia penal que, de forma tradicional, pretende ser más riguroso que el estándar del derecho de daños.

En el proceso penal, el grado de confirmación que se alcance debe despejar cualquier atisbo de duda razonable, por exigencias de la presunción de inocencia consagrada en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, ¿Cuándo finalmente es que se despeja cualquier atisbo de duda razonable?

Con la misma preocupación se puede considerar estándares de prueba propuestos para el Nuevo Código Procesal Penal peruano que se encuentra en vigencia desde el año 2006. Si se hace una lectura de dicho cuerpo normativo, así como del Pleno Casatorio 1-2017-CIJ-413 se puede llegar a la conclusión de los siguientes estándares de prueba necesarios.

El camino para poder llegar a la condena de un ilícito dentro del marco – procesal peruano sigue las diferentes figuras de disposición de inicio de diligencias preliminares, la formalización de investigación preparatoria, el requerimiento de acusación y auto de enjuiciamiento, la posibilidad de solicitar la medida coercitiva personal de prisión preventiva y, finalmente, la sentencia condenatoria.

Se verá cada una de dichas figuras a fin de conocer el o los estándares de prueba que se necesitan alcanzar a fin de pasar a la siguiente etapa. El artículo 329° del Código Procesal Penal en relación al inicio de las diligencias preliminares indica que “El Fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito”. A su vez, el Pleno Casatorio 1-2017-CIJ-413<sup>79</sup>, que tiene como finalidad desarrollar los distintos estándares de prueba penal determina que, respecto al inicio de las diligencias preliminares, sólo se requiere “sospecha inicial simple”.

---

<sup>79</sup> Para mayor alcance, el Pleno Casatorio Penal peruano tiene la finalidad de modificar un precedente vinculante y por discrepancias jurisprudenciales y sólo puede ser emitido por los jueces que ejercen función casatoria.

Lo siguiente se encuentra contenido en el artículo 336° que trata sobre la formalización y continuación de la investigación preparatoria: “Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria.” De la misma forma, el Pleno Casatorio desarrolla dicho artículo señalando que para la expedición de la Disposición de formalización de la investigación preparatoria se necesita de sospecha reveladora.

Posterior a la formalización de la investigación preparatoria se encuentra el numeral 4° del artículo 336° que estipula sobre la acusación que “El Fiscal, si considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación.” El Pleno Casatorio sigue la misma fórmula e indica que en este caso, el de la formulación de la acusación y la expedición del auto de enjuiciamiento se precisa de la sospecha suficiente.

El siguiente estándar de prueba que se encuentra recogido en el Código Procesal Penal es de sospecha fuerte que es el umbral necesario para que se pueda dictar el auto de prisión preventiva. En términos del Pleno Casatorio se requiere de un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho punible y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad. Si bien se pretende establecer que estamos ante un estándar riguroso en base a las consecuencias que conlleva, la prisión, el cómo se encuentra redactado dicho estándar de prueba y el cómo se justifica así mismo termina siendo problemático como umbral, epistemológicamente hablando. Esta opacidad en su definición al menos en el marco – procesal peruano ha tenido como consecuencia un uso indiscriminado de la figura de la prisión preventiva convirtiéndose en la norma y no en la excepción.

Finalmente se encuentra el umbral de certeza para poder condenar a un imputado. Sobre qué y cómo se debe entender la certeza el Pleno Casatorio no mencionada nada.

Con todos los estándares de prueba ya detallados en el contexto peruano se puede apreciar de forma obvia la poca precisión normativa. Esta falta de precisión normativa trae serias consecuencias al momento de determinar si se ha logrado alcanzar o no un determinado estándar de prueba y, con ello, la consecuencia jurídica para dicho umbral. Se pierde toda garantía para las partes en poder conocer los posibles resultados de un determinado proceso, se pierde la posibilidad de control por parte de los

pares y superiores de la decisión que se ha tomado en base a un determinado estándar de prueba y, finalmente, el error se distribuye, pero de forma aleatoria.

Por otro lado, tenemos el Pleno Casatorio que tuvo la buena intención de definir, con mayor precisión, lo que cada estándar de prueba especificaba. Sin embargo, este intento fracasa en la poca precisión y en argumentos como el siguiente:

“(…) los elementos de convicción deben ser idóneos y necesarios en cada fase o etapa del procedimiento penal para justificar las diligencias preliminares, el procesamiento penal a través de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, la acusación y el auto de enjuiciamiento y, finalmente, la sentencia.”<sup>80</sup>

Vemos cómo se intenta detallar el estándar de prueba sin hacer mención de nociones objetivas. Decir que los elementos de convicción tienen que ser idóneos y necesarios para alcanzar el estándar de prueba determinado no es suficiente. Decir que es suficiente no es suficiente.

Es más, hacen alusión y cumplen los requisitos de estándares de prueba característicos de una concepción persuasiva de la prueba. Estas características están descritas por FERRER<sup>81</sup> de la siguiente forma:

- i. La apelación a la íntima convicción del juez como único criterio de decisión.
- ii. La defensa de una versión muy fuerte del principio de inmediación, de modo que se reserva casi en exclusividad al juez en primera instancia la valoración de la prueba.
- iii. Exigencias de motivaciones muy débiles o inexistentes respecto de la decisión sobre los hechos.
- iv. Un sistema de recursos que dificulta extraordinariamente el control o revisión del juicio sobre los hechos en sucesivas instancias.

Si afirmamos nuestro compromiso con la existencia de la posibilidad del error toda decisión que se pueda tomar a nivel judicial entonces se debe evidenciar que tanto el estándar de prueba penal como el estándar de prueba de la responsabilidad civil no cuentan con criterios por los cuales el riesgo del error sea distribuido de forma adecuada ya que se encuentran formulados de forma vaga e imprecisa.

---

<sup>80</sup> Fundamento 25º de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433.

<sup>81</sup> Jordi Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, Filosofía y derecho (Madrid [etc.]: Marcial Pons, 2007), 63.

En ese sentido, al ser conscientes de las fuertes tautologías de los diferentes estándares de prueba planteados hasta la fecha es necesario poder formular genuinos estándares de prueba. Esta finalidad busca alcanzar decisiones justas, se debe buscar la posibilidad que la decisión tomada a través de un estándar de prueba coherente y objetivo pueda ser explicado no solo al juez, sino a quienes son sometidos por la decisión del mismo, en aras de dar mayor confiabilidad y predictibilidad a las decisiones.

### 3.4. Hacia la formulación racional de un estándar de prueba

Como HAACK observa, la comprensión de los grados de prueba a través de la Epistemología no sólo es acorde al lenguaje que es usado por los juzgadores, sino también implica una renuncia a una puramente psicológica<sup>82</sup>. A esto se suma que el razonamiento es, como ya se determinó, uno necesariamente probabilístico.

“Si el razonamiento probatorio es probabilístico y la certeza racional sobre una hipótesis fáctica es inalcanzable entonces deviene imprescindible dotarse de reglas”<sup>83</sup>, siendo la cuestión de determinar los requisitos necesarios para que una regla como tal pueda ser entendida como un estándar de prueba. Estos requisitos son tres: “1) apelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las hipótesis en conflicto; 2) ser capaz de determinar un umbral a partir del cual una hipótesis se considerará probada, y 3) utilizar criterios cualitativos, propios de la probabilidad no matemática”<sup>84</sup>.

Una decisión que se toma en un proceso penal o civil puede cambiar la situación jurídica y, por tanto, la situación práctica de una forma drástica para las partes. El primer presupuesto es consciente de esto y nos aleja de formulaciones vagas que atienden a aspectos subjetivos del juzgador, ya sean estos de carácter mental o psicológico. Es decir, el juzgador no puede argumentar tautológicamente que un hecho está probado cuando está suficientemente probado. Debe hacer referencia y apoyar su decisión a criterios que no tengan relación a un estado mental, sino a las pruebas actuadas en el proceso.

Esto, como ya habíamos visto, resulta crucial en cuanto un estándar de prueba hace posible la aplicación de instituciones fundamentales, tales como la carga de la prueba y la presunción de

---

<sup>82</sup> Susan Haack, *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*, ed. Carmen Vázquez (Madrid: Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, 2013), cap. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica.

<sup>83</sup> Jordi Ferrer, «Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea», en *Filosofía del derecho privado*, ed. Diego M. Papayannis y Esteban Pereira Fredes, Colección Filosofía y Derecho (Madrid: Marcial Pons, 2018), 403.

<sup>84</sup> Ferrer, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, 29.

inocencia. Este criterio busca que se deje atrás que la prueba de responsabilidad penal o civil no sea una expresión de la existencia de un firme convencimiento sobre dicha responsabilidad. Esto último es algo característico del derecho, ya que si miramos otras ramas de estudio los estándares para dar como probado algo no se miden a través de niveles de confianza, sino en términos del vínculo inferencial existente entre las pruebas disponibles y la hipótesis que se quiere probar<sup>85</sup>.

El segundo criterio hace referencia a la capacidad de fijar umbrales como consecuencia de tener estándares de prueba.

Existen varias propuestas que puedan reflejar estándares de prueba objetivos, tales como que no hagan referencia a estados subjetivos y, que, al mismo tiempo, permitan establecer un umbral para una decisión. Un primer ejemplo es el ofrecido por ALLEN:

“Si la teoría del caso presentada por la acusación es plausible y no se puede concebir alguna historia plausible en la que el acusado resulte inocente, entonces condene; de lo contrario, absuelva”<sup>86</sup>.

Otro ejemplo de estándar es el que plantea FERRER<sup>87</sup>:

“Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

- a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso.
- b) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosas para él, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*”.

Ambos ejemplos de estándares de prueba son muestra que la confianza racional que se espera de un proceso, que tiene implicancias en la vida de las personas, sea a partir de las pruebas y no a partir de lo que el juzgador cree que es verdadero o no. A su vez, ambos ejemplos permiten entender el tercer

---

<sup>85</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 126.

<sup>86</sup> Ronald J. Allen, «Factual Ambiguity and a Theory of Evidence», *Northwestern University Law Review* 88 (1994): 604-40.

<sup>87</sup> Ferrer, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, 209.



criterio, puesto que ninguno de los dos hace mención a una probabilidad estadística, sino a una probabilidad basada en criterios cualitativos característicos de la valoración racional.

#### IV. EL ACTUAL POPULISMO DEL DERECHO PENAL

El Derecho Penal es una de las principales ramas en el campo jurídico y en relación a dicha importancia, sobre la cual también nos enseñan en clases, se la tiene como aquellas normas de interés público que existen para salvaguardar determinados bienes jurídicos, de tal magnitud, que su menoscabo tiene como consecuencia la posibilidad de perder aquello esencial para el hombre, su libertad.

El Derecho Penal como última ratio a la fecha representa un dogma. Los argumentos para ello se dividen en dos; el primero tiene que ver con las razones por las cuales el Derecho Penal nace y se concibe como última ratio y; el segundo tiene que ver con el uso actual del Derecho Penal. Ambos analizados nos llevan a la, inevitable, conclusión que el Derecho Penal no es más aquello para lo que fue pensado. Ello, a su vez, trae consecuencias para el tema del presente trabajo, los estándares de prueba.

El Derecho Penal se encuentra caracterizado por lo que es conocido como su rol de última *ratio legis* de manera que solo es posible su aplicación cuando los otros medios disponibles de control social no sean suficientes. Es decir, se debe recurrir lo menos posible al derecho penal siendo que su aplicación debe ser totalmente reducida debido a que la consecuencia penal supone un considerable daño social. Es en base a que existe un considerable daño social que, a diferencia del derecho civil, no se basa en el principio de equiparación, sino en el de subordinación del individuo al poder del Estado (que se le enfrenta ordenándole mediante la norma penal).<sup>88</sup>

Sin embargo, si se hace un análisis de las estructuras normativas punitivas de la mayoría de los países se podrá apreciar con gran facilidad que no se cumple el principio de última *ratio legis* del derecho penal, sino que se encuentra un derecho penal como una herramienta para enfrentar y tratar de evitar conflictos sociales a sabiendas que dicha aplicación no es la solución.

Para poder entender el populismo en el Derecho Penal se debe tener presente que, en el caso peruano, es el Congreso de la República quien crea, modifica o deroga las leyes mediante un procedimiento establecido en la Constitución Política del Perú y en el Reglamento del Congreso. Estas leyes dadas

---

<sup>88</sup> Claus Roxin, *Derecho penal, parte general. 1: Fundamentos: la estructura de la teoría del delito*, 1. ed (Madrid: Ed. Civitas, 1997), 43.

por el Congreso son Derecho porque han sido creadas por el Poder Legislativo; es decir, por un órgano estatal integrante del Estado soberano sin importar si la ley es considerada inmoral o no.<sup>89</sup> El deber de las normas positivas implica que estas valen no porque deriven del supremo labor del bien o la justicia, sino porque satisfacen los requisitos de su proceso de creación.<sup>90</sup>

Ahora bien, la presencia del congreso como una entidad política genera dudas respecto de la finalidad de las normas que se puedan gestar en base a sus integrantes, los políticos. Los políticos buscan apelar a las grandes masas populares y ganarse sus votos en una campaña electoral para salir victoriosos.<sup>91</sup> Es en este contexto, que no es exclusivo de Perú, sino que representa una realidad internacional, que el populismo nace como un tipo de toma de decisiones, en las que se legisla para satisfacer lo prometido al pueblo y/o satisfacer sus necesidades, al menos en apariencia suficiente para legitimar la posición de poder de tal legislador o de un grupo de legisladores.<sup>92</sup>

Ello se ve con más frecuencia en lo que podemos denominar como el populismo punitivo donde el legislador propone aumentar penas, crear delitos y recortar beneficios penitenciarios, con la promesa de acabar con el problema.<sup>93</sup> A veces, alguna de estas promesas se termina materializando en una realidad donde existe una apariencia de severidad punitiva que de, alguna forma, viene resolviendo el problema de la seguridad ciudadana.

Para Bottoms “la utilización del Derecho Penal por parte de los políticos que buscan sacar réditos electorales defendiendo tesis político – criminales, tales como la de que el incremento de las penas conllevaría automáticamente a una reducción de las tasas de delito o el postulado que las penas refuerzan determinados consensos morales esenciales para la vida en sociedad.”<sup>94</sup>

Un populismo que apela al pueblo para construir su poder, entendiendo al pueblo como las clases sociales bajas y sin privilegios económicos o políticos, y en sentido peyorativo, hace referencia a las medidas políticas que no buscan el bienestar o progreso de un país, sino que tratan de conseguir la aceptación de los votantes, sin importar las consecuencias.

---

<sup>89</sup> Comisión de Publicaciones, «La influencia del populismo en los modelos tradicionales de creación y aplicación del Derecho», *Derecho & Sociedad*, 24 de febrero de 2017, 260.

<sup>90</sup> Eduardo García, *Positivism jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo* (México: Fontamara, 2013), 22.

<sup>91</sup> «La influencia del populismo en los modelos tradicionales de creación y aplicación del Derecho», 261.

<sup>92</sup> 263.

<sup>93</sup> 263.

<sup>94</sup> A. Bottoms, «Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing», en *The Politics of Sentencing Reform* (Chris Clarkson and Rod Morgan, 1995), 39.

El Derecho Penal ahora, bajo este nuevo enfoque, cumple la función de satisfacer temporalmente las demandas sociales de mayor seguridad, de mayor punición, para erradicar coyunturalmente los sentimientos de inseguridad, vulnerabilidad y temor; pero sobre todo, su función se encuentra vinculada a los intereses de las élites políticas que, en un momento dado, pretenden el reconocimiento de sus “políticas penales” en la gestión institucional de lucha contra la criminalidad, además de obtener la justificación para una forma de prevención delictual, pero distorsionada en sus fines, por tanto incongruente en sus funciones, al apartarse notoriamente de la prudente racionalidad que ofrece la dogmática penal y el sentido teleológico del Derecho Penal mínimo<sup>95</sup>.

Una función totalmente distinta a la de la reducción y contención del poder punitivo dentro de los límites menos tradicionales posibles.<sup>96</sup> Este tipo de legislación ha generado un contexto normativo actual que no se condice con las clásicas explicaciones de lo que se encuentra protegido dentro del derecho penal y dentro de la responsabilidad civil.

#### 4.1. ¿El estándar de prueba penal siempre debe ser más alto que el estándar de prueba civil?

Históricamente desde el Derecho anglosajón, se había determinado, a través de la fórmula de Blackstone, que el estándar de prueba en el caso penal debía ser el más alto posible, partiendo de una ratio de diez a uno entre culpables absueltos e inocentes condenados. Esta ratio nos indica que se considera mucho más grave condenar a un inocente que absolver a un culpable.

Esto sumado a que tradicionalmente el Derecho Penal ha sido considerado uno de ultima *ratio legis*, como aquella rama del Derecho que tenía como fin garantizar los bienes jurídicos más valiosos para una sociedad, tales como la vida con la prohibición del homicidio o la integridad física con la prohibición de las lesiones, ya sean graves o leves.

Por otro lado, en el caso del estándar de prueba civil, tradicionalmente ha sido considerado como uno menor al del derecho penal debido a que el derecho civil se basa en el principio de equiparación. Un ejemplo de ello es la siguiente decisión:

“Se rechazará en todas sus partes, la demanda civil interpuesta en el primer otrosí de fs. 285, tanto por la parte querellante como por la parte de la actora civil, en atención a que conforme se ha razonado precedentemente no se ha establecido responsabilidad penal de la acusada Rosa

---

<sup>95</sup> Javier Quenta Fernández, «El populismo del derecho penal: La necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares», *Revista Jurídica Derecho 5* (enero de 2017): 133-54.

<sup>96</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal* (Madrid: Dykinson, 2006), 168.

Zuleta Vega, en el ilícito culposa materia de la acusación, **lo que elimina, asimismo toda responsabilidad civil extracontractual solidaria**<sup>97</sup>.

Al ser el estándar de prueba penal más alto que el civil lo que hizo el juzgado fue negar la posibilidad del resarcimiento del daño como si dicho estándar de prueba fuera accesorio al penal. Es decir, no se analizó la posibilidad que aun absolviendo al imputado de ordenar el pago del resarcimiento del daño causado por el imputado a la otra parte. Es decir, no existió un análisis de la naturaleza de los bienes jurídicos en juego que es lo que determinar un estándar mayor o menos para los casos ya que el error se reparte de forma diferenciada porque el sistema tiene una mayor sensibilidad hacia la comisión de un determinado error en desmedro de otro<sup>98</sup>.

En el caso peruano, el Código Procesal Civil indica que para dicha materia “Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones”. El artículo 188° del mismo cuerpo legislativo no da luces sobre cómo se debe ponderar dichos medios probatorios y al mencionar que deben producir certeza hacen referencia a lo que el juez considere certeza. Nuevamente nos encontramos a concepciones que mencionan que es suficiente cuando es suficiente.

Existe una idea que los casos más graves se encuentran en el ámbito penal, mientras que aquellos casos de menor relevancia para la sociedad o aquellos que considerados entre partes particulares se encuentran en el ámbito civil generando la percepción de que el estándar de prueba penal es uno más alto que el civil. Incluso a lo largo de este trabajo se ha venido discutiendo de esta forma. Sin embargo, debe aclararse que esto ha sido debido, sobre todo, a una cuestión práctica más no teórica y tampoco implica una afirmación categórica que el estándar de prueba penal deba ser siempre más alto que el civil.

Este punto debe ser tomado con suma relevancia, más aún cuando existe, en la mayoría de legislaciones latinoamericanas, la posibilidad de que en un proceso penal no solo se discuta el delito, sino el aspecto resarcitorio producto de dicha conducta. En el caso peruano dicha posibilidad se introduce con el artículo 98° del Código Procesal Penal que estipula que:

---

<sup>97</sup> Juzgado de letras de Iquique, 29 de setiembre de 2001, Rol n.º 15939-6, Legal Publishing n.º 26334 (Redacción del juez Pablo Muñoz)

<sup>98</sup> Bayón Mohino, «Epistemología, Moral y Prueba de los Hechos», 8.

“la acción reparatoria en el proceso penal solo podrá ser ejecutada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito.”

Con esto, se debe tener en claro que, independientemente, que la persona que ha sufrido un daño exija que dicho daño sea resarcido en un proceso civil o en un proceso penal la reparación civil es incuestionablemente civil. Esta posibilidad se basa en forma de reducir los tiempos de decisión uniendo en un solo proceso dos materias y que responde a la aplicación del principio de economía procesal toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir en un solo proceso, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad, lentitud e ineficacia de nuestro ordenamiento procesal civil.<sup>99</sup>

Decisión que, en teoría, busca un beneficio en cuanto al tiempo de solución para las partes quienes tienen la posibilidad de, en un solo proceso, discutir tanto la responsabilidad penal como la civil. Por otro lado, la misma decisión impone un deber enorme en el juzgador, quien no solo debe tener conocimiento de la materia penal sino también de la materia civil. La Corte Suprema peruana también reconoce dichas características cuando en el Acuerdo Plenario N 5-2011/CJ/116 señala que:

“la acumulación de la acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho.”

Esto a su vez, impone al juez la responsabilidad de aplicar el estándar de prueba tanto para la hipótesis penal como para la hipótesis civil, puesto que son dos responsabilidades distintas que, a su vez, responden a valores distintos. Esta responsabilidad, sumada a esta creencia (el estándar de prueba penal siempre es más alto que el estándar de prueba civil) genera decisiones cuestionables como el ejemplo del caso chileno, donde la cuestión se vuelve un caso de todo o nada.

Nos lleva a una situación donde no siempre encontraremos que el derecho penal se encuentre tutelando intereses de mayor importancia para la sociedad que la responsabilidad civil. A su vez, los estándares de prueba también sentirán dicha consecuencia. Este efecto se debe principalmente en qué nivel de rigurosidad será el exigido para el estándar de prueba. Como habíamos indicado, los estándares de

---

<sup>99</sup> José Vicente Gimeno Sendra, *Derecho procesal penal*, Tercera edición (Madrid: Cívitas, 2019), 257.

prueba tienen la finalidad de distribuir el error entre las partes, pero para poder asignar quien deberá soportar la posibilidad de error entre las partes se tiene que ver qué situación es la menos tolerable para la sociedad, si una atribución de responsabilidad falsa o una eximición de responsabilidad falsa.

Un ejemplo que también se tocó previamente es aquel donde se prefiere que diez personas culpables sean declaradas inocentes a que una persona inocente tenga que sufrir las consecuencias de ser declarado culpable. Este ejemplo nos muestra qué es preferible socialmente y permite, a su vez, situar el estándar de prueba en un determinado lugar para poder tener como consecuencia que existan más absoluciones falsas a que condenas falsas.

De esta forma podemos tener dos situaciones. Un primer ejemplo será el de María quien se somete a una intervención menor en un hospital peruano, pero que debido a una negligencia médica se interrumpe el flujo de oxígeno a su cerebro teniendo como consecuencia la pérdida de la vista. Este primer caso forma parte de un caso civil debido a que es uno de responsabilidad extra contractual. El otro ejemplo será el de Ernesto, peruano que en el año 1990 decide casarse con Julia y que con el paso de los años se enamora perdidamente de Samantha y decide casarse con ella sin, previamente, divorciarse de Julia. Este segundo supuesto se encuentra tipificado dentro del Código Penal peruano en el artículo 139°:

“Artículo 139.- Bigamia

El casado que contrae matrimonio será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si, respecto a su estado civil, induce a error a la persona con quien contrae el nuevo matrimonio la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.”

Incluso en el caso que Samantha supiera que Ernesto se encuentra casado también se encontraría bajo un supuesto de responsabilidad penal de acuerdo al artículo 140° de Código Penal peruano:

“Artículo 140.- Matrimonio con persona casada

El no casado que, a sabiendas, contrae matrimonio con persona casada será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.”

Ante estos dos ejemplos que muestran daños que se encuentran tutelados de forma independiente, uno en el ámbito civil y otro en el penal. En teoría tendríamos, atendiendo a la característica de ultima *ratio legis*, del derecho penal que el estándar de prueba para probar que existió la bigamia será más riguroso que el estándar de prueba para poder probar que realmente se cometió una negligencia médica. Es decir, es más riguroso acreditar que efectivamente se produjo una bigamia que acreditar que una persona sufrió un daño por negligencia médica.

Esta respuesta suena incoherente si tenemos en cuenta los bienes que se encuentran en juego. Si el estándar de prueba es una herramienta para distribuir el error entre las partes considerando la gravedad del error, lo que a su vez depende del jurídico afectado por el error y qué tan tolerable dicho riesgo en una sociedad determinada entonces no se podría afirmar categóricamente que el estándar de prueba penal siempre será más riguroso que el estándar de prueba civil.

Habrán situaciones donde lo que se protege a través del estándar de prueba de la responsabilidad civil extracontractual será de mayor interés social que lo que se protege en una norma penal producto de una mala praxis legislativa o producto del populismo legislativo ya que cuando se emplea algún estándar de prueba subyace implícitamente la expresión de los costos relativos a los éxitos y los errores que pueden derivarse de la decisión respectiva. En cada caso específico habría que preguntarnos si el estándar de prueba en cuestión es capaz de incorporar las creencias de la sociedad acerca de los costos respectivos que generan los resultados a los que estas decisiones nos pueden conducir.<sup>100</sup>

Finalmente, se puede afirmar que el estándar de prueba no guarda relación alguna con el proceso en el cual se esté llevando a cabo o la naturaleza de la acción (civil, penal, administrativo, laboral, constitucional, etc.) sino que se define en base a otros criterios. Es decir, el estándar de prueba penal necesariamente, no debe ser siempre más alto que el estándar de prueba civil haciendo que la decisión de:

**“Se rechazará en todas sus partes, la demanda civil interpuesta en el primer otrosí de fs. 285, tanto por la parte querellante como por la parte de la actora civil, en atención a que conforme se ha razonado precedentemente no se ha establecido responsabilidad penal de la acusada Rosa Zuleta Vega, en el ilícito culposa materia de la acusación, lo que elimina, asimismo toda responsabilidad civil extracontractual solidaria.”<sup>101</sup>**

(énfasis agregado)

---

<sup>100</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 135.

<sup>101</sup> Juzgado de letras de Iquique, 29 de setiembre de 2001, Rol n.º 15939-6, Legal Publishing n.º 26334 (Redacción del juez Pablo Muñoz)

Sea una decisión injustificada en razón a que no se ha establecido el estándar de prueba para cada pretensión, la penal y la civil, sino que se ha llevado el proceso como una discusión del todo o nada.

## V. EXISTENCIA DE ESTÁNDARES PROGRESIVOS A LO LARGO DEL PROCESO

A lo largo del texto hemos hablado sobre los estándares de prueba y sobre todo del estándar de prueba al momento de tomar la decisión final: el fallo. Sin embargo, debemos rescatar que no necesitamos un único estándar de prueba en cualquier tipo de proceso.

Hacemos referencia a esto porque en cada momento que el juez de cualquier tipo de proceso o procedimiento tenga que decidir una cuestión fáctica o jurídica, se requiere un estándar de prueba asociado a esa decisión y, esto solo afirma la necesidad de múltiples estándares de prueba a lo largo del proceso.

A su vez, si miramos de forma inicial los polos opuestos del proceso, si existe mérito al inicio del proceso y el momento de fallar sobre el caso, podríamos indicar que los estándares de prueba son progresivos a lo largo del proceso, pues sería ilógico que el estándar de prueba para iniciar el proceso sea menos exigente que el estándar de prueba para determinar la culpabilidad tanto penal o civil.

En el caso peruano también existe dicha progresividad de estándares de prueba establecidos en el Código Procesal Penal peruano. El estándar de prueba más bajo sería el de sospecha inicial para poder dar inicio a las diligencias preliminares, luego seguiría la formalización de la investigación preparatoria que se encontraría bajo el estándar de prueba de sospecha reveladora, la formulación de acusación así como la expedición de auto de enjuiciamiento necesitarían de la sospecha suficiente, la sospecha grave como requisito para poder dictar mandato de prisión preventiva y la certeza como estándar de prueba para poder contar con una sentencia condenatoria.

Sin embargo, si bien es cierto se puede apreciar la progresividad de los estándares de prueba estos no cumplen con lo que un genuino estándar de prueba busca. Todo estándar de prueba debe poder contar simultáneamente con que sea lo suficientemente claro y conciso como para que los operadores de justicia puedan comprenderlo y aplicarlo, sea objetivo en el sentido que haga referencia explícita a la estructura de las pruebas que deben ofrecer las partes en lugar de depender de corazonadas subjetivas del operador de justicia y debe incorporar el contrato social en lo referente al valor aceptable para la razón proporcional de absoluciones verdaderas contra condenas falsas.<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 135.



Así mismo, es posible aplicar dos estándares de prueba de similar exigencia en dos momentos distintos del proceso. Esto es posible porque no estamos ante una identidad de aplicación, debido a que en cada momento el acervo probatorio disponible para tomar la decisión es totalmente distinto, haciendo posible que el estándar de prueba o el nivel de exigencia se mantenga haciendo un análisis de los costos de los falsos negativos y los falsos positivos de lo que se está decidiendo.

Por lo tanto, puede inducir a error si solo miramos a los polos opuestos del proceso, afirmar que los estándares de prueba solo son progresivos en el proceso, siendo éste variable dependiendo del acervo probatorio disponible, así como las consecuencias de aquello sobre lo cual se está decidiendo.

## VI. HACIA LA APLICACIÓN COHERENTE DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

### 6.1. El estado de la cuestión en el marco normativo peruano

Con independencia de su ubicación formal, la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aun cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un Juez Penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el *quantum* indemnizatorio –acumulación heterogénea de acciones-, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del principio de economía procesal y no genera una accesoriadad de una materia hacia la otra.

La decisión respecto a la responsabilidad civil, por tanto, es diferente a la penal – aunque los hechos históricos coincidan en parte en su decurso natural, que no jurídico. Esa independencia es la que supone que la legitimación se establezca en atención a la acción ejercida. Así, por ejemplo, la inexistencia del delito, por cualquier causa, no entraña necesariamente la de la acción civil.<sup>103</sup>

Es decir, la independencia de pretensiones tiene como consecuencia procesal que la persona encargada de juzgar tenga que motivar cada una de las decisiones que tome con independencia de la otra. El juzgador deberá ser consciente que al ser dos materias distintas deberá aplicar dos estándares de prueba distintos sujetos a consideraciones normativas distintas y que, en cada caso existe un riesgo de error distinto y así como un *quantum* que representa dicho riesgo.

---

<sup>103</sup> César San Martín Castro, *Derecho Procesal Penal. Lecciones* (Lima, Perú: INPECCP - CENALES - Juristas Editores, s. f.), 175.

Sin embargo, si bien esta fue la finalidad de la norma cuyos beneficios ayudarían a la víctima del ilícito penal a obtener una reparación civil en el mismo proceso implicando una reducción en el tiempo de litigio, así como evitar acudir a otra vía, esto no termina ocurriendo.

En la realidad peruana, las pretensiones civiles en el marco de un proceso penal han terminado convirtiéndose en cuestiones accesorias a los temas penales o a lo mucho en cuestiones donde el debate es mínimo y la argumentación escasa. Esto, a su vez, es consecuencia de operadores de justicia tanto a nivel judicial como a nivel del ministerio público que a la fecha de la implementación normativa no se encuentran capacitados para poder discutir un campo del derecho ajeno a su día a día, el derecho de daños.

Cuando se estableció que el perjudicado por el delito podría ejercer la acción civil en el proceso penal de acuerdo con el artículo 12° del Código Procesal Penal peruano, se determinó que los operadores de justicia se encontrarán en la posibilidad de poder resolver dos cuestiones heterogéneas, cada una con sus reglas respectivas. Como es evidente ya a estas alturas el hecho de atribuir normativamente una capacidad a los jueces no genera que mágicamente dichos operadores cuenten con dicha capacidad, lo mismo ocurrió en el caso del ministerio público que era el encargado de acusar.

Por un lado, tendría que conocer las reglas sustantivas al derecho penal y, por el otro, las reglas de la responsabilidad civil para poder determinar la existencia de un daño y su cuantificación, así como para poder determinar la responsabilidad penal. Al menos en el caso peruano, esto terminó produciendo un abandono del derecho de daños en aquellos procesos penales donde se discutía una reparación civil por el daño sufrido, debido a que poco o nada se discute sobre la reparación civil, terminando siendo una cuestión accesorias a la responsabilidad penal, al ilícito penal.

Este tipo de concepción de la accesoriedad de la responsabilidad civil a la penal se puede apreciar cuando Chang Hernández en el libro “Estudios Críticos de Derecho Penal Peruano” señala que “es una obligación al juez de determinar la reparación civil, en caso de que considere responsable del delito al procesado y por ende le imponga una pena, sin importar si esta es una pena mínima o la máxima. Así, una vez se considere culpable al procesado, el juez está obligado a determinar la pena y la reparación civil.”<sup>104</sup>

Son consideraciones como está la que legitiman la accesoriedad del derecho de daños a los ilícitos penales y terminan normalizando decisiones donde “no se ha establecido responsabilidad penal de la

---

<sup>104</sup> Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, ed., *Estudios críticos de derecho penal peruano*, 1a ed (Lima: Gaceta Jurídica, 2011), 297.

acusada Rosa Zuleta Vega, en el ilícito culposo materia de la acusación, lo que elimina, asimismo toda responsabilidad civil extra contractual solidaria”<sup>105</sup>

De este modo, se disuelve todo lo avanzado en cuanto a la motivación de la decisión en cuanto que una decisión se encuentre probada o no depende de que exista un estándar de prueba con el cual se pueda decidir que el grado de corroboración alcanzado es suficiente. Un estándar de prueba que permita ello permitirá el control de la decisión como tal.

La sana crítica es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la recta razón y el criterio racional puesto en juicio. Es analizar sinceramente y sin malicia las opiniones expuestas acerca de cualquier asunto. Las reglas que constituyen no están expuestas en la ley. Se trata de un proceso intelectual interno y subjetivo, ósea es materia de apreciación y por el mismo hecho, que corresponde exclusivamente a los jueces del fondo<sup>106</sup>.

No estoy de acuerdo con la concepción accesoria de la responsabilidad civil que maneja Chang a razón que incentiva a los jueces a emplear el mismo estándar de los juicios criminales en temas civiles<sup>107</sup> y no tiene en consideración cómo se reparte el riesgo del error entre las partes puesto no existe un análisis de la naturaleza de los bienes jurídicos en juego que es lo que prevé un estándar mayor o menor para determinación de los hechos<sup>108</sup>.

Dichas funciones son la de aportar los criterios imprescindibles para la justificación de la decisión misma, servir de garantía para las partes para poder tomar sus decisiones respecto a las posibles consecuencias jurídicas del supuesto de hecho que se quiere tener como probado, así como distribuir el riesgo del error entre las partes<sup>109</sup>. Sobre todo, cuando se habla de la función de la garantía para las partes debido a que si una víctima decide ejercer su pretensión civil dentro del proceso penal en base a lo estipulado en el artículo 98<sup>o</sup><sup>110</sup> del Código Procesal Penal no podrá conocer de antemano si el juez decidirá sobre la responsabilidad civil teniendo en cuenta el estándar de prueba penal o el estándar de

---

<sup>105</sup> Juzgado de Letras de Iquique, 29 de septiembre de 2001, Rol N° 15939-6 LegalPublishing N° 26334 (redacción del Juez Pablo Muñoz).

<sup>106</sup> Emilio Rioseco, *La prueba ante la jurisprudencia. Derecho civil y procesal civil*, Tercera Edición (Editorial Jurídica de Chile, 1995), 378.

<sup>107</sup> Kevin Clermont, «Standars of Proof Revisited», *Vermont Law Review* 33 (2009): 471.

<sup>108</sup> Bayón Mohino, «Epistemología, Moral y Prueba de los Hechos», 6.

<sup>109</sup> Ferrer, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, 109.

<sup>110</sup> La acción reparatoria en el proceso penal solo podrá ser ejecutada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito.

Tratándose de víctimas menores de edad, el defensor público de víctimas o el abogado del Centro de Emergencia Mujer del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables asumen la representación legal para el proceso penal y podrán presentar la correspondiente solicitud de constitución en actor civil.

prueba civil. Esto tiene como consecuencia que dicha parte no podrá tomar las decisiones más eficientes respecto a la estrategia legal, así como tampoco estaría en la condición de poder realizar un control a la decisión misma porque no conoce cuál ha sido el estándar aplicado a su caso en concreto.

A esto hay que sumarle que no es posible que las partes puedan revisar otros casos donde se haya discutido una pretensión similar a la suya debido a que cada juez es independiente de otro y la vaguedad de los estándares de prueba normados genera que cada juez aplique lo que mejor le parezca como estándar de prueba.

Por otro lado, si bien la existencia misma de un estándar de prueba contiene una distribución del riesgo del error esto no lleva a admitir que dicha distribución del riesgo se encuentra bien determinada. Es decir, no se cumple cabalmente la función de distribución del riesgo del error debido a que cuando lo único relevante para dicha distribución es el tipo de materia, ya sea civil o penal, y no el posible daño que pueda ocasionar la materialización del error para una de las partes en realidad se está asignando de forma injustificada el riesgo del error entre las partes. Si bien para la materia penal el umbral de suficiencia probatoria es el de la duda razonable y para el caso de la materia civil es el de la probabilidad prevalente ambos no deberían compartir la misma asignación de riesgo de error para las partes, así como el *quantum* de dicho riesgo es distinto para cada pretensión en concreto.

Todo ello sumado al hecho que si no se cuenta con estándares de prueba adecuados no es posible justificar las decisiones sobre los hechos ni mucho menos controlar las decisiones de otros operadores de justicia<sup>111</sup>.

## 6.2. El derecho de daños en el proceso penal peruano

Llegado a este punto es claro que se pueden plantear algunas premisas respecto a los estándares de prueba. La primera es que existe una relación teleológica entre lo que es prueba y verdad, la segunda es que aquello que se considera verdad guarda relación de correspondencia con lo que realmente ocurrió en el mundo, la tercera es que no se pueden llegar a certezas absolutas y, por último, es que el razonamiento probatorio es necesariamente probabilístico.

De la misma forma, podemos mencionar que respecto al estándar de prueba de la responsabilidad civil el criterio que lo determina no es la naturaleza de la pretensión como tal, civil o penal, sino el coste del riesgo del error. Con ello se puede afirmar que el estándar de prueba civil es uno diferente al estándar de prueba penal, puede ser menos exigente que el estándar de prueba penal, más exigente que

---

<sup>111</sup> Ferrer, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, 111.

el estándar de prueba penal o pueden tener el mismo nivel de exigencia. Esto último dependerá de cómo una determinada sociedad reparte de forma diferenciada el riesgo del error de un determinado caso de otro.

Esta nueva pluralidad de estándares de prueba de la responsabilidad civil no es más que reconocer la diversidad de tipos de relaciones entre los particulares, así como la diversidad de bienes jurídicos que se encuentran tutelados en una sociedad, no todo bien jurídico de más valor se encuentra tutelado en el derecho penal ni no todo bien jurídico de más valor se encuentra tutelado en el derecho civil. Con ello, lo que debe guiar al legislador a establecer una determinada distribución del riesgo del error en el estándar de prueba es el costo de la atribución falsa de responsabilidad, ya sea civil o penal, para las partes.

La posibilidad que la responsabilidad civil se derima en el proceso penal respondía a una razón de económica procesal. Es decir, el juez tiene la obligación, una vez optada dicha posibilidad, de determinar si el grado de corroboración de la hipótesis es suficiente para tener como probada dos cuestiones diferentes, una es la de la responsabilidad civil y la otra es la de la responsabilidad penal.

Si tanto el estándar de la responsabilidad penal no es accesorio al de la responsabilidad civil y viceversa en razón de la materia de la pretensión sino en razón al costo del riesgo del error para las partes entonces es posible que se lleguen a decisiones distintas para cada tipo de responsabilidad.

Pondré un ejemplo de dos estándares de prueba de un proceso penal. Si el estándar de prueba civil es menos exigente que el estándar de prueba penal puede darse que:

- a. Al acreditarse el umbral de suficiencia probatoria de la culpabilidad del estándar penal entonces también se tendrá como acreditada la hipótesis de la responsabilidad civil. Este supuesto tal vez es el más común de los casos.
- b. Al acreditarse el umbral de suficiencia probatoria de la inocencia del estándar penal entonces tampoco se tendrá como acreditada la hipótesis de la responsabilidad civil. Es decir, si se llega a probar la inocencia del imputado entonces también se acreditaría la no responsabilidad civil del daño.
- c. Al no acreditarse el umbral de suficiencia probatoria de la culpabilidad del estándar penal entonces se tendrá que analizar si se llega a cumplir el umbral de suficiencia probatoria

para la responsabilidad civil. Esto debido a que, si el estándar de prueba no es el mismo, entonces la decisión no tiene por qué ser la misma.

Este último supuesto es el que no se tiene contemplado en la legislación peruana. Es decir, la posibilidad que se absuelva a un imputado al no haberse alcanzado el estándar de prueba penal, pero declarándolo responsable civilmente al sí haberse acreditado el estándar de prueba civil, todo esto en el mismo proceso.

Este supuesto se encuentra posibilitado justamente en la economía procesal debido a que cada responsabilidad está sujeta a un estándar de prueba diferente. De igual forma, cuando indico que están sujetos a estándares de prueba diferentes también existe la posibilidad que tanto la responsabilidad civil como la responsabilidad penal tengan el mismo nivel de exigencia en su estándar de prueba.

Ahora bien, discutir en qué casos concretos el estándar de prueba civil deba ser mayor, menor o igual al estándar de prueba penal dependerá de qué modo el legislador pretenda distribuir el riesgo del error a través de las normas. Esta disposición abre un debate que no es epistémico, sino que se debe abordar desde la filosofía moral y política.

### **6.3. La necesidad de precisar los estándares de prueba**

Con todo lo señalado hasta el momento se ha logrado evidenciar los problemas que representan los estándares de prueba peruanos tal y cómo se encuentran planteados, así como el fallido intento de poder dotarlos de mayor contenido a través del primer pleno jurisdiccional casatorio de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República peruana, Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ/433 resulta necesario, al menos en un intento, dotarlos de una mayor precisión.

Intento en el cual se pueda apreciar que en su formulación se apelan a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de la hipótesis que se pretende tener como probada, ser capaces de determinar un umbral a partir del cual una hipótesis se considerará probada y, que utilicen criterios cualitativos, propios de la probabilidad no matemática.<sup>112</sup>

Se necesita entonces que el estándar de prueba se formule en términos consistentes con la metodología de la corroboración de hipótesis haciendo un uso de terminología epistémica. De lo contrario, no

---

<sup>112</sup> Ferrer, 29.

podría hacerse efectivo el derecho a la valoración racional<sup>113</sup>. Es decir, que el mecanismo por el cual se distribuye el riesgo del error se encuentre lingüísticamente bien determinado pudiendo, con ello, establecer un umbral de suficiencia probatoria con el cual el juzgador podrá establecer que el grado de corroboración de la hipótesis del proceso se encuentra probada o no.

De esta forma mostraré los estándares de prueba peruanos, la norma por la cual son definidos así como una posible propuesta que contenga una adecuada formulación para cada estándar de prueba ya que para que la valoración racional de la prueba pueda ser efectiva, no sólo se debe exigir del juzgador que haga uso de la metodología de corroboración de hipótesis, sino también que el estándar de prueba aplicable se formule en términos consistentes con una metodología acorde a la valoración racional de la prueba así como que el nivel o grado de exigencia, sea calibrado o establecido de la forma más racional posible.<sup>114</sup>

ETAPA PROCESAL	ESTÁNDAR DE PRUEBA NORMADO	ESTÁNDAR DE PRUEBA PROPUESTO
Disposición de inicio de diligencias preliminares	Sospecha Inicial (Artículo 329° del Código Procesal Penal <sup>115</sup> )	Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos e iniciar diligencias preliminares será cuando:  La hipótesis que sea más probablemente verdadera que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en la carpeta fiscal.
Detención Preliminar	Razones Plausibles (Artículo 261° del Código Procesal Penal <sup>116</sup> )	Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos se considerará probada en un proceso cuando:

<sup>113</sup> Edgar Ramón Aguilera García, «Derecho fundamental a la prueba y estándares de suficiencia probatoria», *Ius Comitalis*, 2019, 184.

<sup>114</sup> Aguilera García, 198.

<sup>115</sup> Artículo 329.- Formas de iniciar la investigación

1. El Fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito. Promueve la investigación de oficio o a petición de los denunciantes.
2. La inicia de oficio cuando llega a su conocimiento la comisión de un delito de persecución pública.

<sup>116</sup> Artículo 261.- Detención Preliminar Judicial

1. El Juez de la Investigación Preparatoria, a requerimiento del Fiscal, sin trámite alguno y teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquel, dicta mandato de detención preliminar cuando:

		Sea la hipótesis más probablemente verdadera, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.
Formalización de Investigación Preparatoria	Sospecha Reveladora (Artículo 336° del Código Procesal Penal <sup>117</sup> )	Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones: a) Que sea la hipótesis más probablemente verdadera, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial” b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes)
Requerimiento de Acusación / Auto de Enjuiciamiento	Sospecha Suficiente (Artículo 336° numeral 4 del Código Procesal Penal <sup>118</sup> )	Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes dos condiciones: a) Que se la hipótesis más probablemente verdadera, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial. b) Que el peso probatorio conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes)

a) No se presente un supuesto de flagrancia delictiva, pero existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y, por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad.

b) El sorprendido en flagrante delito logre evitar su detención.

c) El detenido se fugare de un centro de detención preliminar.

<sup>117</sup> Artículo 336.- Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria

1. Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria.

<sup>118</sup> Artículo 336.- Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria

4. El Fiscal, si considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación.



Prisión Preventiva	Sospecha Fuerte (Artículo 268° inciso a) del Código Procesal Penal <sup>119)</sup>	Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes dos condiciones: a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso. b) Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos y compatible con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosa para él, siempre que se haya aportado alguna prueba que le otorgue algún grado de confirmación.
Sentencia Condenatoria	Certeza (Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal <sup>120)</sup>	Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones: a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber

<sup>119</sup> Artículo 268.- Presupuestos materiales

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

<sup>120</sup> Artículo II.- Presunción de inocencia

1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido.

		resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso. b) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosas para él, excluidas las meras hipótesis <i>ad hoc</i> . <sup>121</sup>
--	--	--

Respecto al estándar de prueba de la responsabilidad civil peruana que es el de la probabilidad prevalente tampoco cumple con dos de los tres requisitos metodológicos que todo estándar de prueba debe cumplir. No es capaz de determinar un umbral de suficiencia probatoria a partir del cual se puede tener como probada una determinada hipótesis debido a que no es capaz de definir su propio contenido puesto que en su formulación no se establece con precisión cuando una hipótesis es prevalente sobre otra ni que grado de corroboración debe alcanzar para ser considerada como prevalente.

Así como tampoco usa criterios cualitativos, propios de la probabilidad inductivo a razón que una concepción racional de la prueba tendrá que ir de la mano con criterios para determinar el umbral de suficiencia probatoria de carácter probabilístico y epistémico del razonamiento probatorio<sup>122</sup>.

El estándar de prueba de la responsabilidad civil no siempre será el mismo debido a que la naturaleza de los bienes jurídicos en juego no será siempre el mismo. De la misma forma, el mismo bien jurídico no siempre tendrá el mismo estándar de prueba puesto que es el sistema quien determina a través de la sensibilidad hacia la comisión de un determinado error en desmedro de otro la distribución del riesgo para las partes.

Sin embargo, identificar que se debe precisar mejor el estándar de prueba civil e identificar que nivel de exigencia se debe requerir para cada caso son dos cosas distintas. Por ello, a fin de poder precisar el estándar de prueba de la responsabilidad civil de mejor forma se ponen los siguientes ejemplos planteados por Ferrer.

“Estándar de prueba 4)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:

<sup>121</sup> Ferrer, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, 209-10.

<sup>122</sup> Ferrer, 66.

- a) Que sea la hipótesis más probablemente verdadera, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial”
- b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes)

Estándar de prueba 5)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:

- a) Que la hipótesis sea más probablemente verdadera que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.
- b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes).

Estándar de prueba 6)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada en un proceso cuando:  
Sea la hipótesis más probablemente verdadera, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

Estándar de prueba 7)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada en un proceso cuando:  
La hipótesis sea más probablemente verdadera que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.”<sup>123</sup>

Estos ejemplos de estándares de prueba no exigen que las hipótesis alternativas hayan sido eliminadas pues se trata de una comparación entre los respectivos grados de corroboración de las distintas hipótesis a los efectos de elegir aquella que tenga mayor apoyo en el acervo probatorio, dadas ciertas condiciones<sup>124</sup>.

Con este ejercicio no es mi objetivo determinar que dichos estándares de prueba sean los estrictamente aplicables para dichos supuestos, sino que busco poner en evidencia la diferencia de los estándares que se vienen usando en el marco normativo peruano con estándares de prueba que cumplen con los criterios necesarios para la aplicación de la valoración racional de la prueba, así como con una perspectiva epistémica de la corroboración de hechos en los procesos.

---

<sup>123</sup> Ferrer, 210.

<sup>124</sup> Ferrer, 225.

Dicha diferencia espero que ponga en manifiesto los obvios rasgos de subjetividad e imprecisión de los estándares de prueba con los que se viene trabajando a la fecha y sobre los cuales se toma decisiones tales como la reparación del daño y la libertad de los procesados. Por otro lado, mostrar los estándares de prueba planteados por el profesor Ferrer<sup>125</sup> dará luces a que otros modelos de estándares de prueba se pueden plantear cumpliendo los criterios metodológicos. Es abrir las puertas al debate a una gama más amplia de formulaciones de estándares de prueba y que adopten en ellos elementos característicos de contextos sociales diferentes para una mejor aplicación.

Finalmente, en la lista de ejemplos no he identificado cuál debería ser el estándar de prueba de naturaleza civil debido a que, como Ferrer apunta, lo que se ha hecho es adoptar como propiedad relevante la naturaleza civil o penal del proceso y sobre esa base vincular uno u otro de los estándares de prueba cuando esto no es lo relevante para determinar el estándar de prueba<sup>126</sup> y como ya se ha evidenciado no necesariamente el estándar penal será siempre más alto que el civil.

Con ello quiero que se tenga presente que ante la gran variedad de delitos que se encuentra tipificados en cada ordenamiento, así como las nuevas propuestas que vienen surgiendo sumado a la gran variedad de supuestos donde se puede generar un daño a una persona y este tenga que ser resarcido generan que no siempre estemos ante casos típicos donde el estándar de prueba penal tenga que ser más alto que el estándar de prueba civil. Ante esta realidad resulta poco útil e ilustrativo que sea la naturaleza del proceso quien determine el estándar de prueba para cada caso en concreto. Lo más adecuado será que teniendo en cuenta el riesgo del error, así como el *quantum* que supondría que dicho riesgo se concrete en una de las partes es que se llegue a determinar el estándar de prueba adecuado para dicha situación.

#### 6.4. Los límites de la Epistemología en la construcción de estándares de prueba

A lo largo del texto se ha hablado como es la Epistemología uno de los enfoques más adecuados para poder establecer estándares de prueba. Así mismo, hemos mencionado el rol de distribución de errores por parte de los estándares y cómo en gran medida terminan siendo uno de los pilares del razonamiento

---

<sup>125</sup> Un estándar de prueba que no se planteó en el cuadro pero que también se encuentra dentro de los siete ejemplos de estándares de prueba del profesor Jordi Ferrer es el siguiente:

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes dos condiciones:

a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherentes, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso.

b) Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos y compatible con la inocencia del acusado/denunciado o más beneficiosa para él, salvo que se trate de una mera hipótesis ad hoc.

<sup>126</sup> Ferrer, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, 204.

probatorio al momento de tomar una decisión, así como también las funciones que cumplen los estándares de prueba.

Así mismo, se ha establecido los requisitos necesarios para considerar que un estándar de prueba es objetivo, o al menos que pueda ser controlado intersubjetivamente; así como habíamos indicado que los estándares de prueba se construyen en base a un análisis tanto de los costos que representa las condenas falsas en relación con las absoluciones falsas para determinar qué es lo que pesa más un determinado tipo de casos.

Esto último, nos lleva a ponderar los tipos de casos que pueden ocurrir en una sociedad. Por ejemplo, en el caso de la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CEJ/433 se discutía la necesidad de aplicar el estándar más alto a lo que son los delitos de lavado de activos. Es claro que un supuesto de un delito como es el de lavado de activos o el de organización criminal si corresponde que el estándar aplicable sea el más alto posible, el más riguroso. Este ejemplo sencillo deja de serlo cuando se tienen en cuenta la diversidad de hechos con relevancia jurídica tanto en el ámbito de la responsabilidad penal como en el de la responsabilidad civil que pueden acontecer.

Por otro lado, si contamos con un caso donde se intenta probar la bigamia. En este caso que corresponde a un proceso penal ¿Podríamos decir con la misma seguridad que corresponde el estándar de prueba más alto? A esto ya nuestra respuesta no será tan definitiva y es que, como toda sociedad, la nuestra evoluciona y lo que se encuentra tipificado como delitos, así como los nuevos hechos que pueden ser considerados como un delito, así como un daño de responsabilidad extra contractual también van modificándose, incrementa los tipos de casos.

Es en ese contexto donde lo sencillo deja de serlo por la introducción de un mayor número de casos donde se tendrá que determinar cuál es el estándar de prueba tanto para poder acreditar la responsabilidad, así como la inocencia implica que se lugar a un debate. Debate que será uno de carácter político y legislativo donde se tendrá que ponderar que tipo de error<sup>127</sup> es más aceptable para la sociedad, así como que es lo que se busca.

Por ejemplo, si lo que se busca como sociedad es controlar un tipo de casos, una forma de hacerlo es simplemente aumentando la probabilidad de que una persona sea declarada culpable. Esto se hará a través de adoptar un umbral de suficiencia probatoria laxo que traiga como consecuencia un mayor

---

<sup>127</sup> Ya se estableció que no es posible llegar a verdades absolutas y, en ese sentido, el tipo de razonamiento que se hará siempre será probabilístico, pero no en su acepción matemática. Es decir, siempre existirá la posibilidad de los errores.

número de casos donde se declare culpable a los imputados. Sin embargo, se debe mencionar que el legislador abrió que preguntarse si realmente está dispuesto a exponer a un imputado inocente a un mayor riesgo a que sea encontrado responsable por algo que realmente no hizo ya que no se debe dejar de lado que los hechos jurídicos que son declarados por los órganos de justicia no duplican los reales: “los hechos son lo que son y no lo que los jueces y otros funcionarios dicen que son”<sup>128</sup>.

Esto último, el considerar qué es más valioso para una sociedad no corresponde a la Epistemología jurídica ni mucho menos a la Epistemología general, en suma, porque esta se encarga del estudio orientado a determinar si los diversos sistemas de investigación que pretenden estar buscando la verdad cuentan o no con un diseño apropiado que les permita generar creencias verdaderas acerca del mundo<sup>129</sup>.

A su vez, el razonamiento probatorio jurídico no es otra más que una aplicación al ámbito del derecho de la epistemología en general y con ello lleva sus limitaciones. Discutir exactamente cómo, en qué casos concretos y por qué habría que ir asignando de un modo u otro el riesgo del error a través de los estándares de prueba un campo que escapa de la prueba y yace en lo que es la filosofía moral y la política.

## VII. CONCLUSIONES

En primer lugar, queríamos destacar esta concepción del todo o nada del derecho de daños en aquellos supuestos tipificados penalmente, donde existe una errónea concepción de que el resarcimiento sólo se da cuando se acredita la culpabilidad del imputado/denunciado. Esto tiene que llevar a tomar consciencia de que tanto el resarcimiento como la responsabilidad penal son dos responsabilidades totalmente distintas, que responden a cuestiones diversas. Por ende, el estándar de prueba aplicable a cada uno es diferente y, por tanto, cada uno de ellos debe contener una motivación individual basada en sus propias materias. La negación de una no supone, necesariamente, la negación de la otra pretensión.

En segundo lugar, esta crítica inicial abre todo un abanico de situaciones. La primera es la relacionada a los estándares de prueba donde es necesario rescatar el rol fundamental que tiene dentro del proceso y cómo esta es mejor entendida desde la Epistemología, entendiendo que lo que se busca en el proceso es determinar si una hipótesis puede ser considerada como verdadera o no, teniendo en cuenta el acervo probatorio a disposición de quien toma la decisión. A esto se suma los estándares de prueba

---

<sup>128</sup> Bulygin, *Cognition and interpretation of law*, 22.

<sup>129</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 23.

cumplen con determinadas funciones para las partes al momento de determinar un umbral de suficiencia probatoria.

En tercer lugar, este rol crucial de los estándares de prueba nos lleva necesariamente a cuestionar aquellos estándares de prueba ya desarrollados tanto a nivel nacional como internacional. Esto en razón de que el razonamiento probatorio no puede estar sujeto a lo que dogmáticamente se tiene como cierto ya que algo haya sido utilizado durante mucho no significa que se encuentre bien planteado. Esto en relación al estándar de prueba conocido como prueba más allá de toda duda razonable y sus problemas de aplicación en el contexto peruano, así como los estándares de prueba peruanos que representan problemas de objetividad y alusión a la íntima convicción de los jueces.

En cuarto lugar, esta reflexión condujo a determinar cuáles son los requisitos necesarios para entender que un estándar de prueba puede ser tomado como lógico y objetivo. Esto sin olvidar que al ser imposible llegar a certezas absolutas, buscar estándares adecuados para determinar cuándo algo puede ser tomado como cierto o no resulta imprescindible. Al menos si queremos hablar de justicia es necesario que los estándares de prueba eviten el empleo de un lenguaje vago en su formulación y deben hacer referencia a elementos que puedan ser controlados intersubjetivamente por otros.

Finalmente, queríamos resaltar las limitaciones de aquellos parámetros que nos permiten establecer estándares de prueba lógicos y objetivos. Esto en razón de que no sería justo indicar que la Epistemología es la solución a todo este problema. Limitación que solo trae una complejidad adicional a la fijación de lo que se debe entender como más valioso para una sociedad, pero que al mismo tiempo abre la puerta a diversos argumentos y análisis sobre el tema de lo injusto en nuestros días y que error es más costoso para la sociedad.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera, E. R. (2018). *La fijación del nivel óptimo de suficiencia en contextos jurídicos: Comparando dos modelos*.
- (2019). Derecho fundamental a la prueba y estándares de suficiencia probatoria. *Ius Comitalis*, 3(2), 182-199.
- Ajdukiewicz, K. (2006). *Introducción a la filosofía: Epistemología y metafísica* (A. Dlugobaska, Trad.). España. Catedra.
- Allen, R. J. (1994). Factual Ambiguity and a Theory of Evidence. *Northwestern University Law Review*, 88, 604-640.
- Aristóteles. (1962). *Ética a Nicómaco* (Calvo Martínez, Trad.). Madrid. Alianza Editorial.
- Bayón Mohino, J. C. (2010). Epistemología, Moral y Prueba de los Hechos: Hacia un Enfoque no Benthamiano. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 2(4). <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.2-num.4-2010-252>
- Bottoms, A. (1995). Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing. En *The Politics of Sentencing Reform*. Chris Clarkson and Rod Morgan.
- Bulygin, E. (1995). *Cognition and interpretation of law*. Siena Kelsen Symposium, Torino. G. Giappichelli.
- Clermont, K. (2009). Standars of Proof Revisited. *Vermont Law Review*, 33, 469-487.
- Comisión de Publicaciones. (2017, febrero 24). La influencia del populismo en los modelos tradicionales de creación y aplicación del Derecho. *Derecho & Sociedad*, 48.
- Ferrer Beltrán, J. (Ed.). (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2. ed). Marcial Pons.
- (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid [etc.]. Marcial Pons.
- (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea. En D. M. Papayannis & E. Pereira Fredes (Eds.), *Filosofía del derecho privado*. Marcial Pons.
- (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso* (1.ª ed.). Madrid; Barcelona. Marcial Pons.
- Fortescue, J. (1470). *De Laudibus Legum Anglia* (S. Chrimes, Ed.). Cambridge University Press.
- Franklin, B. (1785). *The works of Benjamin Franklin: Vol. II* (J. Bigelow, Ed.). New York & London: G.P. Putnam's Sons.
- Gascón, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 127.
- Gimeno Sendra, J. V. (2019). *Derecho procesal penal* (Tercera edición). Madrid. Cívitas.



- González Lagier, D. (2018, junio 7). *Prueba y Argumentación: ¿Es posible un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*. II Congreso de la Colección «Filosofía y Derecho», Girona.
- (2019). Inferencias, incertidumbres y estándares en el ámbito probatorio. En *Hechos y razonamientos probatorios* (1.ª ed.). Puno. Perú. Zela.
- Haack, S. (2013). *Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica* (C. Vázquez, Ed.). Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales.
- (2020). *Filosofía del Derecho y de la prueba: Perspectivas pragmatistas* (C. Vázquez, Trad.). Madrid. Marcial Pons.
- Hacking, I. (2006). *The emergence of probability: A philosophical study of early ideas about probability, induction and statistical inference* (2nd ed). Cambridge; New York. Cambridge University Press.
- Hart, H., & Macnauhgton, J. (s. f.). *Evidence and inference in the law*.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- McLaughlin, B. P. (1991). *Dretske and his critics*. Cambridge, Mass. B. Blackwell.
- Nance, D. A. (2016). *The burdens of proof discriminatory power, weight of evidence, and tenacity of belief*. Cambridge, United Kingdom. Cambridge University Press.
- Newman, J. (1993). Beyond Reasonable Doubt. *New York Law Review*, 979.
- Papayannis, D. M. (2014). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid. Marcial Pons.
- Pardo, M. S. (2007). *On Misshapen Stones and Criminal Law's Epistemology* Texas Law Review, Vol. 86, p. 347, 2007, U of Alabama Public Law Research Paper No. 1026722.N.º 1026722). Rochester, NY.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (Ed.). (2011). *Estudios críticos de derecho penal peruano* (1a ed). Gaceta Jurídica.
- Popper, K. R. (2002). *Unended quest: An Intellectual Autobiography* (5.ª ed.). London; New York. Routledge.
- Postema, G. J. (2019). *Bentham and the common law tradition* (Second edition). Oxford, United Kingdom. Oxford University Press.