

LA DOSIS DE PRUEBA: ENTRE EL *COMMON LAW* Y EL *CIVIL LAW**

Xavier Abel Lluch **

(ESADE-URL)

RESUMEN. La decisión judicial se basa en un nivel de suficiencia probatoria (dosis de prueba). En los países anglosajones, se utilizan dos estándares de prueba. Por una parte, el *beyond any reasonable doubt*, basado en el principio de que es preferible la absolución de muchos culpables a la condena de un solo inocente, utilizado bajo la formulación del *beyond any reasonable doubt* o *satisfied so that you feel sure*, destacándose en la práctica de los tribunales que no es tan importante la concreta fórmula utilizada cuanto el grado de convicción del jurado sobre la culpabilidad del acusado. Por otra parte, el *preponderance of evidence*, también conocido como *balance of probabilities* o *preponderance of evidence*, propio del proceso civil, y que puede enunciarse afirmando que ante varias hipótesis sobre la existencia de un hecho deberá escogerse aquella que tenga el grado más elevado de confirmación lógica (*regla más probable que no*).

En los países del *civil law* no existe un equivalente a los estándares de prueba, y se utilizan reglas de valoración de la prueba, destacando entre ellas las reglas de la sana crítica, entendido como sistema de libre valoración motivado. También se han efectuado construcciones jurisprudenciales, como en el ámbito penal, la mínima actividad probatoria y como el coeficiente de elasticidad de la prueba.

Los estándares de prueba y las reglas de valoración de la prueba deben concebirse como mecanismos que permiten objetivar y racionalizar el proceso autónomo y subjetivo de formación de la convicción judicial.

Palabras clave: dosis de prueba, *beyond any reasonable doubt*, *preponderance of evidence*, reglas valoración prueba.

ABSTRACT. The judicial decision is based on a level of sufficiency of evidence. In common law systems there are two standards of proof. On the one hand, *beyond any reasonable doubt*, based on the principle that it is preferable to acquit many guilty people rather than condemning one innocent person. It is used with the wording *beyond any reasonable doubt* or *satisfied so that you feel sure*, and the courts emphasise that the wording is not as important, as the jury's degree of conviction about the culpability of the accused. On the other hand, *the preponderance of evidence*, also known as the balance of probabilities, used in civil actions, affirms that faced with different hypotheses the one with the highest degree of logical confirmations must prevail (more probable than not).

The civil law system does not have an equivalent to the standards of evidence, and they refer to the rules of assessing evidence, especially «reasonable judgment», understood as a system of free and reasoned assessment. There are also some case law constructions, such as in the

* Fecha de recepción: 6 de diciembre de 2012. Fecha de aceptación: 21 de diciembre de 2012.

** Magistrado excedente. Profesor de la Facultad de Derecho ESADE-URL. Director del Instituto de Probática y Derecho Probatorio.

Agradezco las observaciones y comentarios de los profesores doctores M. TARUFFO y J. FERRER BELTRÁN, que han mejorado la versión inicial de este artículo. También al profesor J. PHILLIPS, del London King's College, por las facilidades bibliográficas durante una estancia de investigación en dicha universidad en el pasado mes de septiembre de 2012.

criminal courts, which require minimum proof of guilt or the coefficient of the flexibility of the evidence.

Both standards and rules of assessing evidence must be conceived as mechanisms that allow for a subjective decision-making process that is more objective and rational.

Keywords: quantum of proof, beyond any reasonable doubt, preponderance of evidence, rules of assessing evidence.

1. INTRODUCCIÓN

Procesalistas y filósofos del derecho comparten el interés por el tema de la dosis de prueba o los estándares de prueba, que abordaremos en el presente estudio, comparando los existentes en el sistema del *common law* (*beyond any reasonable doubt* y *preponderance of evidence*) con los equivalentes de los sistemas del *civil law*.

Es necesario empezar con algunas precisiones terminológicas. La dosis de prueba es la regla que establece el nivel de suficiencia probatoria, y tiene su equivalente en la expresión anglosajona *standard of proof* que, en palabras del Tribunal Supremo americano, tiene por finalidad «instruir al jurado sobre el grado de confianza que la sociedad piensa que debería tener en la certeza de las conclusiones de los hechos en una particular declaración» (*In re Wip*)¹.

La dosis de prueba es una medida subjetiva judicial. No se ha descubierto un modo de medir la intensidad de la convicción de una persona, ni ello puede desprenderse de un estándar legal, porque no es de esperar que la ley haga lo que todavía no han hecho la lógica ni la psicología². Es más, la mayoría de los psicólogos sostienen que los factores que configuran las respuestas humanas a la prueba no son ni totalmente transparentes ni fáciles de expresar formalmente³. Será necesario, por tanto, establecer mecanismos que nos permitan objetivar el proceso —subjetivo— de la formación de la convicción judicial.

2. PRUEBA Y VERDAD

También debemos efectuar unas consideraciones sobre la verdad como fin del proceso, tema complejo, y ampliamente debatido. En primer lugar, el proceso debe orientarse a la búsqueda de la verdad, no solamente por razones epistemológicas, puesto que el conocimiento se orienta a la búsqueda de la verdad, sino también de tipo moral —no es concebible un sistema moral que legitime la falsedad—, de tipo político —pues es una pieza básica de los sistemas democráticos—, e incluso de tipo procesal —pues una buena sentencia no puede basarse en una determinación de los hechos falsa—⁴, hasta el punto de que se ha afirmado que la verdad es el estándar de precisión de una buena sentencia⁵. Entre los procesalistas, algunos piensan que la verdad no *puede* ser determinada, por ser cuestión filosófica y ajena al proceso, y otros piensan que no *debe* ser determinada, pues el proceso solo tiene por fin un conflicto intersubjetivo. En segundo lugar, la verdad del proceso es siempre relativa. La moderna epistemología ha abandonado las verdades absolutas —probablemente con la única excepción de

¹ *In re wip*, 397 US 358, 370 (1970).

² WIGMORE, *Evidence in trials at common law*, vol. 9, Little, EEUU, Brown & Company, 1981, 414-415.

³ DAMASKA, *Evidence law adrift*, Yale University Press, 1977, 42, quien en este punto cita la célebre frase de PASCAL «*Le coeur a ses raisons que la raison ne connaît point*».

⁴ M. TARUFFO, «Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos», en *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, 427.

⁵ L. HO HOCK, *A Philosophy of Evidence Law*, Oxford University Press, 2008, 71.

la metafísica o la teología— y parte, por el contrario, de la afirmación que la verdad es siempre relativa y ello que es válido para todas las ciencias también lo es para el proceso, en el sentido que la verdad estará en función de la información suministrada y los métodos empleados para determinarla. Con razón se ha dicho que «el perfecto conocimiento [de la verdad] es inalcanzable en un mundo imperfecto»⁶. En tercer lugar, la verdad debe orientarse a la reconstrucción de la pequeña historia del proceso. Afirma TARUFFO «que la verdad de la que se habla en el proceso ha de concebirse como *aproximación* en la reconstrucción procesal de los hechos a su realidad empírica e histórica»⁷. Y, en cuarto lugar, la búsqueda de la verdad y la reconstrucción de la historia del proceso requiere decisiones de política legislativa, orientadas a la admisión de todas las pruebas relevantes y su libre valoración por el juez⁸.

Ante la dificultad de alcanzar la verdad en el proceso, algunos autores defienden que solo puede alcanzarse una probabilidad sobre la verdad o, con mayor precisión, un grado de probabilidad, dado que la probabilidad siempre se mide en grados⁹. Simplificadamente, puede afirmarse que existen dos concepciones sobre la probabilidad: la probabilidad «pascaliana», basada en métodos estadísticos y que ha tenido su expresión cualificada en el llamado teorema de Bayes; y la probabilidad «baconiana», basada en la confirmación lógica de enunciados, más ajustada al razonamiento probatorio, y que considera verdadero aquel enunciado que, con base a las pruebas, alcance un grado de confirmación lógica.

3. LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

3.1. Generalidades del sistema anglosajón

Para entender la noción de estándar de prueba es preciso esbozar, resumidamente, algunos caracteres del sistema anglosajón que, siguiendo fundamentalmente a DAMASKA, resumimos a continuación:

En primer lugar, la complejidad en la regulación de la prueba, derivada, entre otros factores: *a*) de su volumen por la obligatoriedad del precedente; *b*) del escaso nivel de su orden, con la regulación de excepciones y contraexcepciones y, en general, la falta de regulación de principios generales, debido a que el cuerpo legislativo ha evolucionado sobre la base de casos particulares, lo que contrasta con la regulación de los sistemas del *civil law*, en la que se enuncian los principios propios del proceso civil y los propios del proceso penal, que informan la actuación de los jueces y tribunales, y *c*) de su carácter técnico y la peculiar manera como las fuentes de prueba acceden al proceso. En los ordenamientos del *civil law*, y a pesar de las diferencias entre el pro-

⁶ I. DENNIS, *The law of evidence*, 4.ª ed., Sweet & Maxwell, 2010, 4.

⁷ M. TARUFFO, «Consideraciones sobre prueba y motivación», en *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 29. En sentido similar, J. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, 2010, 66 y 70.

⁸ M. TARUFFO, *Consideraciones sobre prueba y motivación*, *op. cit.*, 22. En la misma línea, J. FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad*, Marcial Pons, 2010, 67 y 68.

⁹ REDMANYNE, *Standards of Proof in Civil Litigation*, *Modern Law Review*, vol. 62 # 2, March, 1999, 168.

ceso civil y penal, el proceso de averiguación de los hechos resulta más estandarizado, mientras que en los sistemas del *common law*, la investigación de los hechos resulta más compleja, muy influida por unas prácticas sociales y por una regulación que impide el acceso al proceso de información de contenido probatorio¹⁰. Como afirma irónicamente TWINING el sistema probatorio anglosajón «parece más extraño y complejo que el juego del cricket»¹¹.

En segundo lugar, la preocupación por filtrar el material que accede al jurado. Juegan un papel fundamental los conceptos de relevancia y admisibilidad de la prueba, y como afirmara el juez Goddard «actualmente el concepto de relevancia es el de mayor importancia y, en términos generales, toda prueba relevante para un hecho es admisible, mientras que la prueba irrelevante debe ser excluida»¹². Es propio del sistema anglosajón las reglas que excluyen la prueba sobre la base que puede ser sobrevalorada o influir en el jurado hacia un resultado desviado. El ejemplo por excelencia es la llamada *bearsay rule* (testimonio de oídas), cuyo fundamento radica tanto en el derecho al debido proceso cuanto en el deseo de proteger al jurado de elementos de prueba poco fiables. También existen normas que prohíben la prueba sobre las condiciones morales y personales de una persona, pruebas sobre conductas ilícitas o inmorales o similar información sobre el pasado de una persona. Advuértase, además, que dado que el jurado decide solo —sin la presencia del juez— y su decisión no puede ser reconsiderada —incluso en caso de veredicto no culpable, difícilmente se puede apelar— son necesarias unas instrucciones preliminares sobre los hechos antes de que el jurado se retire a deliberar¹³.

En tercer lugar, la preocupación por estructurar el análisis de la averiguación de los hechos, hasta el punto que se ha llegado a afirmar que la correcta averiguación de los hechos es el principio fundamental de la prueba penal, tanto para la justicia del caso concreto cuanto para la protección de la sociedad frente al delito¹⁴. Rige el sistema de libre valoración de la prueba derivado, por una parte, de la libertad de un jurado no profesional para emitir un veredicto no motivado, y por otra parte, de la ausencia de normas de prueba tasada y de disposiciones que otorgan mayor valor a una prueba directa frente a una prueba circunstancial. Las llamadas reglas de exclusión de la prueba (*exclusionary rules*) sólo filtran la información que puede acceder al jurado, pero no contienen normas sobre valoración probatoria, y la ley confía en el sentido común y la experiencia del juez o jurado para la apreciación de los hechos¹⁵. Debe tenerse en cuenta que existe un tribunal jurado y no solo un jurado, de suerte que el veredicto surge de la deliberación de unos ciudadanos iguales que intercambian sus opiniones, siendo necesario que los jurados entiendan las instrucciones del

¹⁰ DAMASKA, *Evidence law adrift*, op. cit., 8-12.

¹¹ W. TWINING, *Rethinking evidence*, Evanson, III, 1994, 178.

¹² *Hollington vs. Hewthorn Co Ltd* [1943] K. B. 587 at 594 CA. Sobre relevancia y admisibilidad puede verse también A. KEANE, *The modern law of evidence*, 7.ª ed., Oxford University Press, 2008, 19-27.

¹³ DAMASKA, *Evidence law adrift*, op. cit., 12-17.

¹⁴ P. ROBERTS y A. ZUCKERMAN, *Criminal evidence*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2010, 19, quienes añaden estos cuatro principios fundamentales: 1) proteger al inocente de una condena errónea; 2) principio de la mínima intervención estatal; 3) principio del trato humano; 4) principio de mantener elevados estándares de «*propriety*» en el proceso penal.

¹⁵ I. DENNIS, *The law of evidence*, op. cit., 125.

juez, habiéndose postulado la necesidad de instrucciones escritas y con lenguaje más sencillo¹⁶.

Y, en cuarto lugar, la división de funciones entre el juez y el jurado. Como regla general, y sin perjuicio de algunas matizaciones, el juez se ocupa de las cuestiones de derecho y el jurado de las cuestiones de hecho (*ad quaestionem facti non respondet iudices, ad quaestionem legis non responden juratores*). Se entiende por cuestiones de derecho las relativas al derecho sustantivo, la capacidad de una persona de declarar como testigo, la admisibilidad de la prueba, la retirada de un hecho de la consideración del jurado y las directrices que imparte el juez al jurado en cuestiones sustantivas y sobre las pruebas presentadas. Se entiende por cuestiones de hecho las relativas a la credibilidad del testigo llamado a declarar, la eficacia a otorgar a los medios de prueba y, por supuesto, la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos¹⁷. Ello no obstante, el juez también se adentra en los hechos, con la investigación preliminar de los hechos (con la finalidad de determinar la admisibilidad de la prueba), la valoración de la suficiencia de la prueba (con la finalidad de decidir la retirada de un hecho de la consideración del jurado) y la valoración de la prueba (con la finalidad de comentarlo al jurado en el *summing up*).

3.2. La noción de estándar y de carga de la prueba

Los estándares de prueba están muy ligados a la tradición jurídica del *common law*. Los juristas anglosajones han buscado fórmulas breves que orientan al jurado en la valoración de la prueba, tales como *beyond any reasonable doubt*, para el proceso penal, y *preponderance of evidence*, para el proceso civil.

Se ha definido el estándar de prueba como la «medida del grado de certeza o probabilidad que la prueba debe generar en el tribunal de los hechos»¹⁸ y también como «el umbral mínimo para afirmar que una hipótesis ha sido probada»¹⁹. El término estándar de prueba debe relacionarse con el de la carga de la prueba, que en el sistema anglosajón, tiene una doble comprensión: por una parte, la carga de la persuasión (*persuasive burden* o *legal burden*), entendida como la obligación impuesta a una parte por una disposición legal de probar un hecho controvertido; y, por otra parte, la carga de la evidencia (*evidential burden*), entendida como la obligación de una parte de aportar prueba suficiente de un hecho controvertido ante del tribunal de los hechos²⁰.

El concepto de la carga de la prueba se conecta con el del estándar de prueba, de manera que si la prueba aportada es suficiente se satisface el estándar de prueba y la

¹⁶ G. KRAMER, «Do jurors understand criminal jury instructions? Analyzing the results of the Michigan Juror Comprehension Project», *University of Michigan Journal Law Reform*, 1990, 1 y 14. Estudio sobre 600 jurados del Estado de Michigan.

¹⁷ A. KEANE, *The modern law of evidence*, op. cit., 30.

¹⁸ P. MURPHY, *Evidence*, 11th edition, Oxford, 2009, 105.

¹⁹ L. LAUDAN, *Truth, error and criminal law...*, 64.

²⁰ A. KEANE y P. MCKEOWN, *The modern law of evidence*, 9.ª ed., 80 y 82, quienes, además, precisan que la «*persuasive burden*» o «*legal burden*» también recibe otras denominaciones, tales como «*the burden of proof*», «*probative burden*», «*the ultimate burden*», «*the burden of proof on pleadings*», y que la «*evidential burden*» también se la llama «*the burden of aducing evidence*» o «*the duty of passing evidence*».

carga legal puede entenderse satisfecha. El juez Lord Hoffman explica el proceso del siguiente modo:

Si una disposición legal requiere que un hecho se pruebe (un hecho controvertido), el juez o el jurado debe decidir si ha sucedido o no. No cabe afirmar que podría haber sucedido. La Ley opera con un sistema binario que sólo tiene los valores del 0 y del 1. El hecho o bien sucedió o bien no sucedió. Si el tribunal permanece dudoso, la duda se resuelve por la regla que distribuye la carga de la prueba. Si una parte no levanta su carga de la prueba, se le otorga el valor de 0 y se entiende que el hecho no sucedió. Si la parte levanta la carga de la prueba, se le otorga un valor de 1 y se entiende que el hecho sucedió²¹.

El derecho anglosajón reconoce sólo dos estándares de prueba, *beyond any reasonable doubt* (en el proceso penal) y *preponderance of evidence* (en el proceso civil), cuya distinción aparece formulada por el juez Denning en el caso *Miller vs. Minister of Pensions*, del modo siguiente²²:

La prueba más allá de toda duda razonable no significa la prueba más allá de la sombra de la duda. La ley no protegería a la comunidad si admitiera posibilidades caprichosas de desviar el curso de la justicia. Si existe una prueba tan concluyente contra una persona para dejarle solo una remota posibilidad en su favor, y dicha posibilidad podría ser descartada con la frase «por supuesto que es posible pero no es probable» el caso ha sido probado más allá de una duda razonable, pero nada menos que esto no sería bastante.

Y, con respecto al proceso civil, en la misma sentencia se añade:

La dosis está bien establecida. Es necesario una dosis razonable de probabilidad, aun cuando no tan elevada como la requerida en el proceso penal. Si la prueba es de tal entidad que el tribunal puede decir: «es más probable que no», la dosis de prueba se ha satisfecho, pero cuando las probabilidades son iguales, la dosis de la prueba no se ha satisfecho.

Se han generado algunas dudas, paradójicamente a partir de la misma sentencia del juez Denning, en la que, partiendo de la premisa que el proceso penal requiere una dosis más elevada de prueba que el proceso civil, afirma que no hay estándares absolutos en ningún proceso y dentro de cada estándar de prueba —*beyond any reasonable doubt* y *preponderance of evidence*— pueden existir grados (o intensidades) distintas de prueba, en función de la materia objeto de decisión. Siguiendo el mismo ejemplo propuesto por el juez Denning, un tribunal civil requiere un grado más elevado de certeza ante un caso de fraude que ante uno de negligencia y, en cualquier caso, nunca exigirá un grado de certeza tan elevado como un tribunal penal.

3.3. El estándar *beyond any reasonable doubt*

3.3.1. Origen

Sus raíces se han identificado en la teología cristiana y con el fin de proteger el alma de los jurados de la condenación. En el contexto medieval de la tradición cristiana los

²¹ *Re B (Children) (Sexual Abuse)* [2009] 1 AC 11.

²² [1947] 2 All ER 372, 373-374.

actos de enjuiciamiento de los semejantes podían tener consecuencias para la salvación de la persona encargada de juzgar, llegándose a sostener que un jurado que tenía dudas debía tomar la decisión más segura (esto es, la absolución) o abstenerse de juzgar. Por eso al jurado se le tranquilizaba y se le decía que podía sentirse seguro, mientras sus dudas fueran «razonables». La «duda razonable» aparece como correctivo a los temores del jurado, no tanto para procurar la inocencia de toda persona acusada, cuanto para facilitar la decisión del jurado, y garantizarle que no cometía pecado si condenaba al acusado, pues el objetivo del proceso no era tanto la prueba de los hechos, cuanto el bienestar moral del juzgador²³.

No resulta fácil situar en el tiempo la aparición del estándar *beyond any reasonable doubt*, aun cuando se le ha atribuido al papa Gregorio el Grande, en la Edad Media, cuando advertía a un obispo que era «un asunto grave e indecoroso emitir un juicio que parece ser certero cuando el asunto es dudoso» (*Graves satis est et indecens, ut in re dubia certa detur sententia*)²⁴.

En sus orígenes destaca la formulación del juez supremo Lemnuel Shaw del Tribunal Supremo de Massachussets en un caso resuelto en 1850 donde afirmaba:

Entonces, ¿qué es una duda razonable? Se trata de una expresión utilizada a menudo, probablemente bastante bien entendida, pero no fácilmente definida. No se trata simplemente de una posible duda, porque todas las cosas referentes a los asuntos humanos, y dependientes de la certeza moral, están abiertos a alguna posible o imaginaria duda. Se trata de aquel estado del caso, en el cual, después de la entera comparación y consideración de toda la evidencia, deja las mentes de los jurados en aquella condición que no puedan decir, hasta la certeza moral, de la verdad de la acusación. El acusador debe soportar la carga de la acusación. Todas las presunciones de la ley están a favor del inocente, y se presume que cada persona es inocente hasta que se prueba que es culpable. Si de la prueba se deduce que hay una duda razonable, el acusado debe ser absuelto. Porque no es suficiente con establecer una probabilidad, ni siquiera una fuerte probabilidad derivada de la doctrina de las oportunidades, de que el hecho objeto de acusación es más probable que sea cierto que lo contrario; sino que la prueba debe establecer la verdad del hecho hasta una certeza razonable y moral, una certeza que convenza y dirija el entendimiento y satisfaga la razón y el juicio, de aquellos que actúan conscientemente. Entonces se considera la prueba más allá de una duda razonable²⁵.

Las primeras expresiones fueron, no antes de 1970, frases tales como «una impresión clara», «sobre bases seguras», «satisfecho»; y después las expresiones de «duda racional», «duda racional y bien fundada», «más allá de la probabilidad de duda»²⁶. La fórmula parece cristalizar en 1970, cuando el Tribunal Supremo de EEUU afirma en el caso *In re Winship*:

el derecho al proceso debido protege al acusado de la condena excepto la prueba de más allá de toda duda razonable de cada hecho necesario para constituir el delito, del cual resulta acusado²⁷.

²³ J. WHITMAN, *The origins of reasonable doubt*, Yale University Press, 2008, 1-5 y 204.

²⁴ *Ibid.*, 116 y 202.

²⁵ *Commonwealth vs. Webster*, 59 Mass. 295, at 320 [1850].

²⁶ WIGMORE, *Evidence in trials at common law*, vol. 9, *op. cit.*, 405.

²⁷ *In re Winship*, 397 U. S., 358, 364 [1970].

3.3.2. Reconocimiento legal y fundamento

Se ha seguido particularmente en los tribunales estadounidenses y del Reino Unido y también en algunos países del *civil law*, entre ellos Italia, en el que aparece recogido incluso en el Código Penal. Aparece recogido en algunas legislaciones latinoamericanas, como en los arts. 7, 372 y 381 del CPP de Panamá y el art. 340 del CCP de Chile. También ha sido recogido por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos el cual ha declarado que para vencer la presunción de inocencia, recogida en el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la acusación debe practicar una prueba que esté más allá de toda duda razonable (STRDH de 6 de diciembre de 1988, caso *Barberá, Messegue y Jabardo vs. España*).

Mientras unos autores destacan su fundamento ético-político, basado en la convicción que resulta preferible la absolución de muchos culpables, a la condena de un solo inocente, otros apuntan a una especial protección del derecho a la libertad²⁸, y al respeto a los principios fundamentales del proceso penal relativos a las garantías procesales del imputado, la racionalidad de la decisión judicial y la motivación de la sentencia²⁹. También se ha afirmado que el jurado en el proceso penal debe adoptar una «actitud protectora» hacia el acusado, mientras que en el proceso civil el juez debe adoptar una «actitud de imparcialidad» hacia las partes y desde esta perspectiva el estándar de prueba debe contemplarse como un «estándar de cuidado», existiendo una asimetría entre el estándar penal y el estándar civil³⁰.

3.3.3. Formulaciones legales

Existen dos formulaciones habituales de este estándar:

a) *Beyond any reasonable doubt*, expresión que ya constituye un clásico en la lengua inglesa, e incluso más allá de ella, y que en la formulación original del juez Denning, reza: «*It need not reach certainty, but it must carry a high degree of probability. Proof beyond reasonable doubt does not mean proof beyond shadow of a doubt. The law would fail to protect the community if it admitted fanciful possibilities to deflect the course of justice. If the evidence is so strong against a man as to leave only a remote possibility in his favor which can be dismissed with the sentence "of course it is possible, but not in the least probable", the case is proved beyond reasonable doubt, but nothing short of that will suffice*»³¹.

b) *Satisfied so that you feel sure* (o más simplemente *sure of guilt*). En la formulación del juez Lord Goddard CJ: «*If a jury is told that it is their duty to regard the evidence and see that it satisfies them so that they can feel sure when they return a verdict*

²⁸ J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, op. cit., 48.

²⁹ M. TARUFFO, «Conocimiento científico y estándares de prueba judicial», en *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, op. cit., 68; N. BASSAT TORRES, *La duda razonable en la prueba penal*, op. cit., 83.

³⁰ L. HO HOCK, *A Philosophy of Evidence Law*, Oxford University Press, 2008, 229.

³¹ *Miller vs. Minister of Pensions* [1947] 2 All ER 372, 373.

of guilty, that is much better than using the expression “reasonable doubt” and I hope in future that will be done»^{32,33}.

Un sector doctrinal prefiere la fórmula del «más allá de toda duda razonable», porque la expresión «sentirse seguro de la culpabilidad» puede sugerir un estándar de prueba demasiado elevado y puede incluso llevar a confundir la certeza legal con la certeza científica. Es una expresión que ha adquirido carta de naturaleza en el lenguaje jurídico, resultando familiar para los jurados y para los abogados³⁴.

Otros autores, siguiendo las indicaciones del *Judicial Studies Board*, aluden a que el jurado se sienta seguro, y recogen las recomendaciones de los tribunales de apelación en el sentido de que los jueces deben evitar definir —en referencia al estándar «más allá de toda duda razonable»— lo que resulta indefinible³⁵, añadiéndose que las explicaciones sobre este estándar pueden generar aun mayor confusión en el jurado, particularmente cuando se trata de distinguir el estándar *beyond any reasonable doubt*, del concepto de sentirse «seguro» o del concepto de «ser certero»³⁶, pues como se ha afirmado acertadamente que en la naturaleza de los asuntos humanos raramente se alcanza la certeza³⁷.

Tampoco faltan autores que han sugerido que ambas expresiones —*beyond any reasonable doubt* y *sure of guilt*— pueden utilizarse alternativamente o incluso acumulativamente, sin necesidad que los jueces empleen tales expresiones en las instrucciones que imparten al jurado, pues lo decisivo es que el juez exprese claramente que la carga de la prueba la tiene la acusación y que no se debe condenar hasta que se tenga la convicción de la culpabilidad del acusado, cualesquiera que sea la expresión empleada³⁸. Se argumenta que la expresión *beyond any reasonable doubt* dista mucho de explicarse por sí misma y que tampoco es seguro que en una sociedad pluralista y liberal la frase tenga el mismo significado para todos los miembros del jurado, pero no menor incertidumbre y problemática resulta la expresión *being sure*, proponiéndose la expresión *proof leaving no doubt*, que podría ser traducida por prueba fuera de toda duda³⁹.

³² *Summers* [1952] 1 All ER 1059; también en *Walters vs. R* [1969] 2 AC 26, PC; *Ferguson vs. R* [1979] 1 WRL 94, PC; *R vs. Bracewell* (1979) 68 Cr App R 44, CA (donde se puede leer esta instrucción: «No hay nada como la certeza en esta vida, la absoluta certeza. Deben preguntarse a Vds. mismos sobre el conjunto de la prueba, ¿me siento seguro?»).

³³ Otra definición, también descriptiva, en D. KRAMER, «Do Jurors understand criminal jury instructions? Analyzing the results of the Michigan Juror Comprehension Project», *University of Michigan Journal Law Reform*, 1990, 18 y 19.

³⁴ McCORMICK, *On evidence*, op. cit., 577, para quien es incluso preferible que el juez se abstenga de la tentación de definirla, a no ser que el propio jurado lo solicite.

³⁵ CROSS, *On evidence*, op. cit., 163.

³⁶ A. KEANE y P. McKEON, *The modern Law of Evidence*, op. cit., 106; I. DENNIS, *The law of evidence*, op. cit., 494.

³⁷ R. EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, 2.ª ed., London, 1983, 114.

³⁸ I. DENNIS, *The law of evidence*, op. cit., 494.

³⁹ P. ROBERTS y A. ZUCKERMAN, *Criminal evidence*, op. cit., 253 y 255.

3.3.4. La aplicación en la práctica de los tribunales

Ante la diversidad de interpretaciones⁴⁰, los tribunales destacan que no es tan importante la formulación de un estándar concreto o las palabras utilizadas, cuanto la forma cómo el juez conduce el jurado para que éste alcance el grado de convicción requerido sobre la culpabilidad del acusado. Algunos casos pueden resultar ilustrativos⁴¹:

a) En el caso *Hepworth*⁴², Lord Goddard apuntaba que el juez actuaba sobre bases seguras si conducía al jurado a la idea que debía «estar satisfecho más allá de una duda razonable» y añadía que el jurado «debía estar seguro de la culpabilidad del acusado». Previamente el mismo Lord Goddard en el caso *R vs. Krizt* había afirmado que «si el juez comienza a usar las palabras “duda razonable” e intenta explicar qué es y qué no es una duda razonable, probablemente introducirá más confusión en el jurado que la explicación en lenguaje sencillo de que “el deber de la acusación es convencer de la culpabilidad del acusado”»⁴³.

b) En el caso *Walters vs. R*⁴⁴, Lord Diplock remarcaba que el juez tiene la oportunidad de ilustrar al jurado durante la prueba, usando la fórmula o estándar que estime más conveniente y evitando cualquier comentario sobre el mismo, pues la clave de la cuestión reside en que el juez convenza al jurado sobre el elevado estándar de prueba requerido para condenar. Así afirmaba «si el jurado ha entendido que debe sentirse seguro y no debe dictar un veredicto de condena a menos que se sienta seguro, y que la carga de la prueba la tiene la acusación y no la defensa, es irrelevante que el juez utilice una u otra expresión»⁴⁵.

c) En el caso *Ferguson vs. R*⁴⁶, se consideró que la fórmula «satisfecho más allá de toda duda razonable de manera que usted esté seguro de la culpabilidad del acusado» era segura y suficiente. Se añadía que no existía una fórmula con palabras fijas y la clave residía en la comunicación del estándar de prueba requerido, más allá de las concretas palabras empleadas.

d) En el caso *R vs. Majid*⁴⁷, el juez Moses, y tomando en consideración las instrucciones que el juez debe dar al jurado, afirma que los «jueces deben atender las recomendaciones del *Judicial Studies Board* en el sentido que antes de dar un veredicto de culpabilidad, deben estar seguros que el causado es culpable», insistiendo, además, que deben evitar dar instrucciones al jurado sobre la distinción entre «sentirse seguro» (*being sure*) y «sentirse convencido» (*being certain*).

⁴⁰ S. SHEPPARD, «The metamorphoses of reasonable doubt: how changes in the burden of proof have weakened the presumption of innocence», *Notre Dame Law Review*, mayo, 2003, 27, afirma que en 1867 en el *West's American Digest* se recogían hasta once definiciones diferentes del término *Bard*.

⁴¹ Extraídos de P. MURPHY, *On evidence*, op. cit., 107.

⁴² [1955], 2 QB 600 (CCA).

⁴³ *R vs. Krizt* [1950] 1 KB 82, [1949] 2 All ER 406; 90, 410.

⁴⁴ [1969], 2 AC 26, 30 (PC Jamaica).

⁴⁵ Lord Diplock [1969] 2 AC 26, 30.

⁴⁶ [1979] 1 WLR 94.

⁴⁷ [2009] EWCA Crim 2563, CA.

3.3.4. Interpretaciones

Siguiendo a LAUDAN podemos enunciar las siguientes interpretaciones sobre el estándar *beyond any reasonable doubt* (en adelante también BARD):

a) Certeza apropiada a las decisiones importantes de la vida (*BARD as That security of belief Appropriate to Important Decisions in One's Life*).

Podemos encontrar esta interpretación en las instrucciones al jurado del Quinto Circuito Federal U.S. al señalar: «La prueba más allá de toda duda razonable, por tanto, es una prueba de carácter tan convincente que uno desearía confiar y actuar sin duda en los asuntos más importantes de su vida»⁴⁸.

Se ha objetado que esta formulación es engañosa, pues aun en las decisiones más importantes de la vida —tales, como pueden ser, a título de ejemplo, cambiar de trabajo, contraer matrimonio, o rechazar la cirugía necesaria para un tratamiento médico— existe una duda razonable y se toman decisiones con la consciencia de esa duda razonable, que es precisamente lo que el sistema legal trata de evitar para la toma de decisión del jurado⁴⁹. Además siempre puede haber alguna posible duda en toda decisión⁵⁰. Esta formulación introduce un grado inaceptable de subjetividad relativa a la experiencia individual de cada jurado y tampoco puede afirmarse que exista uniformidad sobre los riesgos o dudas en las diferentes esferas de la actividad humana⁵¹.

b) Tipo de duda que haría vacilar a una persona prudente respecto de actuar o no. (*BARD as the Sort of Doubt That Would Make a Prudent Person Hesitate to Act*).

La interpretación se encuentra en las instrucciones al jurado del Segundo Circuito al señalar: «Una duda razonable es una duda basada en la razón y el sentido común, la clase de duda que llevaría a una persona razonable a vacilar con actuar»⁵².

Se ha objetado que no se trata de un criterio certero puesto que la gente corriente a menudo vacila en actuar incluso en supuestos de ausencia de una duda razonable. Se añade que no puede existir una analogía entre el estándar de la duda razonable y las situaciones de toma de decisiones en elecciones personales⁵³.

c) Perdurable convicción de culpabilidad (*BARD as an Abiding Conviction of Guilt*).

La formulación la podemos encontrar en las instrucciones al jurado adoptadas en los tribunales californianos: «La duda razonable se puede definir del modo siguiente: no se trata de una mera posibilidad, porque cualquier cosa relativa a los asuntos humanos y dependiente de la certeza moral está sujeta a una posible o imaginable duda. Se trata de aquel estado del caso en el que después de comparar y considerar toda la prueba, queda en la mente de los jurados una perdurable convicción, rayana en una certeza moral, de la verdad de la acusación».

⁴⁸ Fifth Cir. Crim. Jury Instr. 1.06 (1990).

⁴⁹ L. LAUDAN, *Truth, error, and criminal law*, op. cit., 36.

⁵⁰ J. WHITMAN, *The origins of reasonable doubt*, op. cit., 1.

⁵¹ P. ROBERTS y A. ZUCKERMAN, *Criminal evidence*, op. cit., 254.

⁵² E. J. DEVITT et al., *Federal Jury Practice and Instructions*, § 12.10, at. 354 (4.ª ed., 1987).

⁵³ L. LAUDAN, *Truth, error and criminal law*, op. cit., 38.

La perdurable convicción de culpabilidad equivale tanto como a preguntar al jurado si su convicción es firme e invariable. Se objeta que la firmeza de la convicción y, en su caso, la intensidad de la misma es independiente de que la convicción sea o no racional o que esté fundada en pruebas⁵⁴.

d) Una duda razonable es una duda por la cual se puede dar una razón (*Reasonable doubt as a Doubt for which a Reason Could be Given*).

Se trata de una formulación que parece casi tautológica en la medida que se afirma que se considera una duda razonable aquella clase de duda por la cual se puede dar una razón.

Pero en su propia formulación ha recibido objeciones por los tribunales de apelación, pudiendo resultar ilustrativos algunos ejemplos. En el caso *State vs. Dauphinee* el tribunal de apelación de Pennsylvania razonaba que «en orden a ser “razonable”, la duda debe ser consistente entendida como opuesta a imaginaria, pero no es esencial que el jurado sea capaz de dar alguna razón capaz de considerarla, *puede existir sin que el jurado sea capaz de formular alguna razón para ella...*»⁵⁵. Y en el caso *State vs. Baker* se formula el reparo en unos términos muy similares: «Puede existir una duda razonable en la mente del jurado sin necesidad de formular ninguna razón»⁵⁶.

e) Duda razonable como probabilidad alta (*BARD as High Probability*).

Es una formulación más popular entre profesores y el público en general que entre los jueces, y que se puede enunciar señalando que la duda razonable debe ser equiparada a una elevada probabilidad. Esta formulación se ha inspirado en el estándar civil de prueba y en la regla más probable que no —que, como sabemos, afirma que para que un hecho puede considerarse como probado basta una probabilidad de más del 0,5 sobre 1—, que traducida al ámbito penal puede enunciarse afirmando que para una condena penal basta una probabilidad del 0,9 sobre 1 o del 95 por 100.

Una escala imaginaria —y con la dificultad que entraña la referencia a porcentajes numéricos— entre los estándares de prueba reconocidos en derecho anglosajón podría ser la siguiente: a) la *preponderance of evidence* requiere una porcentaje del 0,5 sobre 1; b) la *clear and convincing evidence* requiere un estándar del 0,7 sobre 1, y c) la *beyond any reasonable doubt* requiere en porcentaje de 0,9 sobre 1⁵⁷.

Tampoco esta formulación ha escapado de las críticas de aquellos que sostienen que la duda razonable no es un concepto cuantificable. Así, y a título de ejemplo, en el caso *Massachusetts vs. Sullivan* se afirma que «la idea de una duda razonable no es susceptible de cuantificación, sino que es intrínsecamente cualitativa»⁵⁸. Y en el caso *McCulloch vs. State* el Tribunal Supremo de Nevada afirma: «La idea de duda razonable es intrínsecamente cualitativa. Cualquier intento de cuantificarla conduce a reducir la carga de la prueba de la acusación, y probablemente comporta mayor confusión que claridad»⁵⁹.

⁵⁴ *Ibid.*, 39.

⁵⁵ *State vs. Dauphinee*, 121 Pa. Super. 565, at 590 (1936).

⁵⁶ *State vs. Baker*, 93 Pa. Super. 360 (1928).

⁵⁷ L. LAUDAN, *Truth, error and criminal law*, op. cit., 56.

⁵⁸ *Massachusetts vs. Sullivan*, 482 N.E. 2d 1198 (1985).

⁵⁹ *McCulloch vs. State*, 99 Nev. 72, at 75 (1983).

LLILQUIST, aun admitiendo la vaguedad del estándar *beyond any reasonable doubt*, sostiene que es comúnmente aceptado en el derecho penal norteamericano, pero no se trata de un estándar fijo, sino variable. Su reconocida vaguedad es suplida por la racionalidad del jurado, que sopesa los beneficios y costos de una absolución o condena incorrecta, de manera que a mayor gravedad en el delito se exigirá más grado de prueba, porque existe mayor aversión a una condena falsa que a una absolución falsa («teoría de la utilidad esperada») ⁶⁰.

3.3.5. Críticas

El estándar del *beyond any reasonable doubt* suscita varias críticas, empezando por propia expresión «duda razonable». Se afirma que el concepto de «duda razonable» no es preciso, puesto que no está claro ni qué clase de incertidumbre debe considerarse como una «duda legal», ni tampoco cuando la «duda legal» sobre la culpabilidad de un acusado pueden considerarse «razonable» ⁶¹, siendo además la razonabilidad de una duda una cuestión de valores que puede variar entre los miembros de un jurado no profesional ⁶². Se añade que el término «duda» es simultáneamente ambiguo e inútil. Ambiguo porque la duda puede ser objetiva —compartida por todos los operadores jurídicos— y subjetiva —relativa al estado mental de quien tiene que decidir—. E inútil porque no permite distinguir la duda suficiente de la duda insuficiente ni cuando una duda es razonable ni resolver los problemas del enjuiciamiento moderno basado en la prueba de los hechos ⁶³. Se concluye que se trata de una noción gravemente inadecuada, deliberadamente oscura, totalmente subjetiva y abierta a tantas interpretaciones como jueces exista ⁶⁴; tratándose de un concepto jurídico indeterminado que, dada su vaguedad, no resulta claro que dos tribunales se refieran a lo mismo cuando la emplean ⁶⁵.

Otras críticas se refieren a la dificultad de definir su significado y la tendencia a cuantificar el grado de culpa exigible. Algunos autores sostienen que es preferible que 20 culpables sean absueltos antes que un inocente sea condenado; otros autores que es mejor absolver a dos culpables que condenar a un inocente; otro que sería mejor absolver a 1.000 culpables que condenar a un inocente ⁶⁶. Todas estas formulaciones al destacar un distinto margen de error tolerable del estándar imposibilitan adoptar un criterio general.

También se ha censurado su eficacia probatoria. Se afirma que no es posible conocer su aplicación práctica, puesto que tuvo su origen en las cortes norteamericanas y los jurados norteamericanos no motivan sus veredictos y que los intentos de cuantifi-

⁶⁰ E. LLILQUIST, «Teoría de la utilidad esperada y variabilidad en el estándar de prueba más allá de toda duda razonable», en *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, op. cit., 142 y ss.; y con anterioridad y del mismo autor *Recasting Reasonable doubt: decisión theory and the virtues of variability*, U. C. Davis Law Revision, November, 2002, particularmente en 40, en la que propone un modelo de instrucción al jurado.

⁶¹ J. WHITMAN, *The origins of reasonable doubt*, op. cit., 1.

⁶² I. DENIS, *The law of evidence*, op. cit., 493.

⁶³ J. Q. WHITMAN, *The origins of reasonable doubt*, op. cit., 206-207 y 210.

⁶⁴ L. LAUDAN, *Truth, error and criminal law*, op. cit., 30.

⁶⁵ LL. MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil LEC 1/2000*, Barcelona, J. M. Bosch, 2000, 171.

⁶⁶ N. BASSAT TORRES, *La duda razonable en la prueba penal*, op. cit., 84.

car el concepto de «duda razonable» tampoco han resultado exitosos⁶⁷. Se añade que la necesidad de una mayor exigencia probatoria en el proceso penal suele fundarse en la «intensidad» de los bienes jurídicos protegidos, pues de la libertad del acusado depende de la declaración de los hechos probados, pero con ello se olvida que también en el proceso penal existen sanciones distintas que la pena privativa libertad (p. ej., la retirada de carné, la sanción pecuniaria, etc.), mientras que en el proceso civil también quedan afectados bienes y derechos fundamentales, cual sucede con la privación de patria potestad o la constitución de una persona en estado civil de incapacitado⁶⁸. Incluso limitándonos al proceso penal el estándar de prueba puede variar en las distintas fases del proceso, pues no es preciso la misma exigencia probatoria para la adopción de medidas cautelares (p. ej., prisión provisional), que para la conclusión de un sumario y la apertura del juicio oral, o para la condena del acusado, por citar algunos ejemplos⁶⁹.

Para superar estos inconvenientes se han formulado varias propuestas. WITHMAN propone efectuar una relectura del estándar más abierta y de mayor proyección moral, y sin necesidad de permanecer atado a una frase estereotipada, su existencia puede servir para recordar que el acto de juzgar tiene una trascendencia moral, que puede alcanzar, en los países del *common law*, a las instrucciones que se imparten al jurado⁷⁰. TARUFFO propone sustituir el concepto de «duda razonable» por otro equivalente como el de «certeza» o «casi certeza», o bien admitir que se trata de un concepto indeterminado que el juez debe concretar en cada caso particular⁷¹. FERRER BELTRÁN, tras dejar sentado que un estándar de prueba válido para el proceso penal debe partir de la triple premisa de desvincularse de las creencias, convicciones o dudas del sujeto decisor; de posibilitar un control de su aplicación; y de incorporar la preferencia por los errores negativos (absoluciones falsas) frente a los errores positivos (condenas falsas), postula un estándar de prueba consistente en la refutación de las hipótesis alternativas, esto es, de las demás hipótesis plausibles con la inocencia del acusado⁷².

3.4. El estándar *preponderance of evidence*

El estándar probatorio más habitual es el de la «probabilidad prevalenciente», que corresponde al estándar anglosajón de la *preponderance of evidence*⁷³ (o también *preponderance of probability*; *balance of probabilities* o *greater weight of evidence*), también conocido como criterio del *más probable que no*. Todas las formulaciones del estándar legal tienen un mismo fundamento: que la pretensión del demandante no tiene que ser muy probable, pero debe ser más probable que su negación⁷⁴.

⁶⁷ M. TARUFFO, *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, 2010, 249.

⁶⁸ J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, 140.

⁶⁹ *Ibid.*, 141.

⁷⁰ J. WHITMAN, *The origins of reasonable doubt*, *op. cit.*, 210-212.

⁷¹ M. TARUFFO, *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, *op. cit.*, 70.

⁷² J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, *op. cit.*, 147.

⁷³ Aclara P. MURPHY, *On evidence*, *op. cit.*, 111, nota a pie de página núm. 99, que el estándar «*preponderance of evidence*» es la formulación americana del estándar de prueba usual en los procesos civiles y debe entenderse equivalente a la formulación inglesa del «*balance of probabilities*».

⁷⁴ M. REDMANYNE, *Standards of Proof in Civil Litigation*, *op. cit.*, 168.

3.4.1. Formulaciones doctrinales

Para comprender mejor el exacto significado de esta regla podemos recurrir a la formulación literal y la autoridad de varios autores.

Desde la órbita anglosajona, MCCORMICK afirma «la prueba es preponderante cuando es más convincente para el tribunal de los hechos que la prueba opuesta»⁷⁵ o que «la existencia del hecho controvertido es más probable que su inexistencia» de manera que se convierte «en la convicción del tribunal de los hechos en la preponderancia de la probabilidad»⁷⁶. Para CROSS las expresiones «*preponderance of probability*», «*balance of probabilities*», o «*preponderance of evidence*», aun cuando podrían significar —particularmente esta última— que la prueba aducida por una parte debe ser superior que la aducida por su oponente, en realidad se trata de expresiones sinónimas que significan no tanto un nivel de prueba superior al de la parte adversa, cuanto la satisfacción de un nivel de prueba legalmente prescrito. Y ese nivel de prueba se traduce en la regla más probable que no⁷⁷. Para MURPHY, «el tribunal de los hechos debe poder afirmar, sobre el conjunto de toda la prueba, que el caso para la parte demandante se ha mostrado como más probablemente verdadero que falso»⁷⁸.

Desde la órbita continental, TARUFFO afirma «si la hipótesis positiva (es decir, la de la verdad de un enunciado) es más probable que la hipótesis negativa (es decir, la de la falsedad del enunciado), entonces el juez debe elegir la hipótesis positiva; pero en cambio deberá elegir la hipótesis negativa en caso que la falsedad del enunciado resulte más probable»⁷⁹. Y en sentido similar, FERRER BELTRÁN sostiene que «una hipótesis está probada si su grado de confirmación es superior al de la hipótesis contraria»⁸⁰.

3.4.2. Alcance

El estándar de la probabilidad prevaleciente parte de varias premisas, resumidas por TARUFFO, del modo siguiente: *a*) la decisión judicial es el resultado de elegir una entre las varias hipótesis posibles sobre los hechos; *b*) esa elección se orienta por criterios de racionalidad; *c*) la elección racional es la que toma como «verdadera» la hipótesis que resulte mejor fundada que otras según las pruebas producidas, y *d*) la probabilidad no equivale a no-certeza sino a un grado de confirmación de la verdad de un enunciado a la vista de los elementos de confirmación disponibles⁸¹.

⁷⁵ MCCORMICK, *On Evidence*, *op. cit.*, 574.

⁷⁶ *Ibid.*, 575.

⁷⁷ CROSS, *On evidence*, *op. cit.*, 162, quien cita en apoyo de esta afirmación el caso *Briginsbaw vs. Briginsbaw* (1938) 60 CLR 336. Este mismo autor, y con referencia a los Estados Unidos, cita a los autores DEVITT y BLACKMAN y su obra *Federal Jury Practice and Instructions* (3.ª ed., 1977) [71.14]: «Afirmar la prueba preponderante significa probar que una cosa es más probable que no».

⁷⁸ P. MURPHY, *Murphy on evidence*, *op. cit.*, 111.

⁷⁹ M. TARUFFO, *Probabilidad y prueba judicial*, *op. cit.*, 437.

⁸⁰ J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, *op. cit.*, 47.

⁸¹ M. TARUFFO, «Conocimiento científico y estándares de prueba judicial», en *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, *op. cit.*, 59; también N. BASSAT, *La duda razonable en la prueba penal*, *op. cit.*, 82.

Puede enunciarse afirmando que ante varias hipótesis sobre la existencia o inexistencia de un hecho debe elegirse aquella que tenga el grado más elevado de confirmación lógica. Conviene ante todo destacar que es un estándar de probabilidad lógica, aun cuando a menudo se formule con expresiones numéricas (como «más del 50 por 100», o más del «0,5 por 100»). Este criterio radica en dos ideas: la del *más probable que no* y la de *prevalencia relativa a la probabilidad*.

La regla del *más probable que no* implica que cada enunciado fáctico puede considerarse verdadero o falso y el juez debe elegir la hipótesis que tenga un grado de confirmación lógica superior a la otra. Presupone que existe una única hipótesis sobre un mismo hecho.

Debe estimarse como prevaleciente la hipótesis positiva sobre el hecho cuando las pruebas han confirmado la verdad del enunciado del hecho. Por ejemplo, si sobre un hecho existe una confirmación probatoria del 75 por 100 eso significa que la hipótesis negativa solo tiene una confirmación del 25 por 100 y, por ello, la hipótesis positiva sobre el hecho es *más probable que no* y debe tenerse por acreditada.

Debe estimarse como prevaleciente la hipótesis negativa sobre el hecho cuando no haya pruebas sobre la existencia del hecho, o la prueba resulte débil o incierta, o contradictoria, y también cuando haya pruebas que demuestren la hipótesis de la inexistencia del hecho⁸². Por ejemplo, si sobre un hecho existe una confirmación probatoria del 25 por 100, eso significa que esa hipótesis es «menos probable» que la hipótesis negativa que alcanzaría el 75 por 100.

Si la hipótesis positiva es tan probable como la hipótesis negativa, aplicando la institución de la carga de la prueba, el litigante que estaba gravado con dicha carga verá su pretensión rechazada⁸³.

La regla de la prevalencia de la probabilidad implica que sobre un mismo hecho existen hipótesis diferentes. El juez deberá partir también de la regla *más probable que no* y tomar en consideración solo aquellas hipótesis que tengan una confirmación positiva y, de entre ellas, aquella que haya recibido el grado de confirmación relativamente mayor. Por ejemplo, si sobre un mismo hecho existen tres hipótesis (*a*, *b*, *c*) y cuyos grados de probabilidad son del 40 por 100, del 55 por 100 y del 75 por 100, tendremos de elegir la hipótesis *c* con un grado de confirmación del 75 por 100 puesto que es la hipótesis que ha recibido el grado de confirmación mayor⁸⁴.

Ahora bien, tanto la *regla del más probable que no* cuanto la *regla de la probabilidad prevaleciente* presuponen que ha de existir un «mínimo necesario» para que una hipótesis pueda reputarse por verdadera y ese mínimo es el del 50 por 100. Pongamos un ejemplo: si el enunciado *a* tiene un grado de confirmación del 40 por 100 y el enunciado *b* tiene un grado de confirmación del 30 por 100, parecería que deberíamos tener por verdadero el enunciado *a*, pero ello no es posible porque existe una posibilidad del 60 por 100 que el enunciado *a* sea falso y una posibilidad del 70 por 100 que el enunciado *b* sea falso, y ambos deben ser tenidos por falsos,

⁸² M. TARUFFO, *Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos*, op. cit., 424.

⁸³ J. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, op. cit., 86.

⁸⁴ N. BASSAT TORRES, *La duda razonable en el proceso penal*, op. cit., 82.

dado que no cumplen con el mínimo necesario del 50 por 100 de confirmación probatoria⁸⁵.

La regla del *más probable que no* ofrece la doble ventaja de minimizar el número de errores en la determinación de los hechos y confirma el principio de igualdad entre la posición del actor y la posición del demandado en el proceso civil⁸⁶.

3.4.3. Interpretaciones judiciales

Ciertas interpretaciones judiciales han introducido matizaciones en el estándar de la *preponderance of evidence*, bien porque se efectúan alegaciones graves (conductas criminales o desacato al tribunal, por ejemplo), bien porque se producen graves resultados (la pérdida de la custodia por un padre, por ejemplo). Se ha sugerido distinguir entre el «estándar flexible» (*flexible approach*) —cuando el estándar de prueba puede variar en función de la gravedad de los hechos— y la «probabilidad precedente» (*prior probability approach*) —cuando el estándar de prueba permanece inalterable pero se necesita mayor grado de prueba para satisfacerlo porque los sucesos más graves son los menos probables—⁸⁷. La diferencia fundamental entre el «estándar flexible» y el de la «probabilidad precedente» es que el primero incrementa el estándar de prueba, mientras que el otro contiene una mención o consideración sobre la cantidad de prueba precisa para alcanzar el estándar civil.

El estándar flexible puede verse en caso *Bater vs. Bater* en el que Lord Denning, tras sentar que un asunto civil «debe ser acreditado por la preponderancia de probabilidades», añade «pero puede haber distintos grados de probabilidad dentro de ese estándar. El grado depende del caso en cuestión. El tribunal civil que enjuicia un caso de fraude puede exigir un mayor grado de probabilidad que en un caso de negligencia»⁸⁸. Se entiende que el grado de probabilidad requerido para satisfacer el estándar civil debe ser proporcional con la ocasión y que debe ser flexible, aun cuando esta flexibilidad no puede borrar la distinción entre los estándares de prueba civil y penal, pues en un asunto civil no se exige un grado de probabilidad tan elevado como en un asunto penal, aun cuando existan alegaciones de naturaleza penal.

Se ha criticado que se trata de un estándar vago, pues mientras la *regla del más probable que no* es clara y tanto las partes como el jurado conocen el estándar que debe aplicarse, en la aproximación flexible el estándar varía en función de la gravedad de los hechos, lo cual depende de la valoración judicial y eventualmente puede producir que para casos similares se apliquen estándares distintos. Se añade que también puede dificultar la consecución de acuerdos entre las partes, puesto que al no estar claro el estándar de prueba que debe aplicarse, tampoco las partes tienen claras sus expectativas de si sus pretensiones serán o no atendidas, y con ello disminuyen las posibilidades de

⁸⁵ M. TARUFFO, *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, op. cit., 61; N. BASSAT TORRES, *La duda razonable en el proceso penal*, op. cit., 82.

⁸⁶ M. REDMANYNE, *Standards of proof in Civil Litigation*, op. cit., 169-174.

⁸⁷ *Ibid.*, 174.

⁸⁸ [1950] 2 ALL ER 458.

acuerdo. Y también que pueden generar dudas en los tribunales de apelación acerca de qué estándar de prueba deben aplicar⁸⁹.

El estándar de la «probabilidad presente» («*prior probability approach*») puede verse en el caso *Re H* en el que el Lord Nicholls afirma: «cuando el tribunal pondera las probabilidades debe tener en cuenta como factor [...] que a mayor gravedad de la alegación menor probabilidad que haya ocurrido y, por tanto, más fuerte debería ser la prueba antes que el tribunal pueda decidir que la alegación ha quedado acreditada sobre el balance de probabilidades»⁹⁰. Se entiende que el estándar se basa en una correlación entre la gravedad del hecho y la frecuencia o probabilidad de su ocurrencia, de suerte que cuanto más improbable sea el hecho mayor cantidad de prueba será necesaria para satisfacer el estándar de prueba. Se objeta que esta posición parte de la discutible premisa que los sucesos graves suceden con menor probabilidad que los menos graves, aparte que también resulta muy discutible lo que debe estimarse por «grave», por lo que, a menudo, se resuelve sobre las específicas circunstancias de cada caso, el hecho controvertido en cuestión y las pruebas aportadas al caso⁹¹.

3.5. El estándar *clear and convincing evidence*

El estándar del «*clear and convincing proof*», reconocido en los Estados Unidos —pero no así en el Reino Unido, donde solo se reconocen los clásicos más allá de toda duda razonable y el balance de probabilidades⁹²—, pretende ser una medida más exacta y precisa del estándar de la *preponderance of evidence*.

Aparece recogido con una gran variedad de fórmulas en función de los tribunales y de los diferentes Estados, pero las más frecuentes son: «*by clear and convincing evidence*», «*clear, convincing and satisfactory*», «*clear, cogent and convincing*» y «*clear, unequivocal, satisfactory and convincing*»⁹³. Se ha sugerido que acaso estas expresiones resulten más entendedoras para el jurado e incluso que aun serían más asequibles si el jurado entendiera que la certeza de un hecho es «altamente probable»⁹⁴.

Se ha aplicado en casos de fraude u otros con hechos ilícitos semejantes, en casos donde hay particulares intereses en juego, como procedimientos de deportación y privación de nacionalidad, o en procedimientos civiles para internar indefinidamente a un enfermo mental contra su voluntad⁹⁵. Destaca el valor de los intereses en juego y debe utilizarse cuando hay un riesgo serio para la reputación de una persona o cuando el estado tiene interés en que una persona mantenga su estado o su libertad⁹⁶.

⁸⁹ M. REDMANYNE, *Standards of Proof in Civil Litigation*, *op. cit.*, 181-182.

⁹⁰ [1950] 2 ALL ER 458.

⁹¹ I. DENIS, *The law of evidence*, *op. cit.*, 498.

⁹² *In re D* [2008] UKHL 33; [2008] 1 WLR 1499; P. ROBERTS y A. ZUCKERMAN, *Criminal evidence*, *op. cit.*, 257.

⁹³ McCORMICK, *On Evidence*, *op. cit.*, 574.

⁹⁴ WIGMORE, *Evidence in trials at common law*, vol. 8, *op. cit.*, 424-431, recoge un elenco de las materias y numerosos casos en que se ha aplicado este estándar en los EEUU.

⁹⁵ A. L.-T. CHOO, *Evidence*, 2.^a ed., Oxford University Press, 2009, 56-57.

⁹⁶ I. DENNIS, *The law of evidence*, *op. cit.*, 499.

Se ha objetado que un estándar intermedio, como el de la *clear and convincing evidence*, puede resultar perjudicial en los asuntos criminales, no solo por la propia vaguedad de sus términos —que lo son tanto como el de *beyond any reasonable doubt* o *being sure*—, sino porque pueden comportar potencialmente la errónea condena de personas inocentes y son incompatibles con los principios fundamentales de la prueba penal. Si se demanda un estándar de prueba más flexible, se corre el riesgo que el jurado puede llegar a razonar que, aun cuando no se ha probado la culpabilidad del acusado «más allá de una duda razonable», la condena es preferible a la absolución porque se ha perpetrado un delito grave y puede ser peligroso para la sociedad la libertad del acusado, con lo que se debilita la presunción de inocencia⁹⁷.

4. EL EQUIVALENTE EN DERECHO CONTINENTAL

La expresión «estándar de prueba» es ajena a la tradición de los sistemas continentales, en los que normalmente existe un juez profesional encargado de la valoración de la prueba y rige el principio de la necesidad de motivación de la sentencia, con aplicación del sistema de libre valoración (motivada) de la prueba o de prueba legal. De ahí que este epígrafe se haya rubricado «el equivalente (se sobreentiende a los estándares de prueba) en derecho continental».

Varias son las razones por las que resulta difícil hablar de un estándar de prueba en derecho continental. Primera, porque no siempre hay correspondencia entre los conceptos jurídicos pertenecientes a diferentes sistemas o tradiciones jurídicas, como son los del *common law* y del *civil law*. Segunda, porque las reglas de valoración de la prueba se refieren a la eficacia o ponderación de los medios de prueba, mientras que el estándar de prueba probablemente alude a un momento posterior, al grado o dosis de prueba que precisa el juez *después* de aplicar las reglas de valoración de la prueba. Y tercera, porque en el sistema del *common law* se pueden aplicar simultáneamente ambos conceptos, el de estándar de la prueba y el de valoración de la prueba, que es lo que hace el jurado cuando decide sobre el estándar del *beyond any reasonable doubt* —aplica el estándar— sobre la base de una sistema la libre valoración de la prueba —aplica una regla de valoración de la prueba—, mientras que en los sistemas del *civil law* no hay, en principio⁹⁸, estándares de prueba preestablecidos⁹⁹.

En los epígrafes siguientes se aludirán a los sistemas de valoración de la prueba más frecuentes —íntima convicción y libre valoración de la prueba—, y a las construcciones jurisprudenciales sobre la valoración de las pruebas —mínima actividad probatoria, en el proceso penal, y coeficiente de elasticidad de la prueba, en el proceso civil—.

⁹⁷ P. ROBERTS y A. ZUCKERMAN, *Criminal evidence*, *op. cit.*, 256-258.

⁹⁸ Y digo «en principio» porque se podría argüir que en los sistemas de *civil law* aún subsisten vestigios de prueba tasada que implícitamente contienen un estándar de prueba.

⁹⁹ A. PAUL, *Sana crítica: The system for weighing evidence utilized by the Inter-American Court of Human Rights*, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1804066>, 4 y 6.

4.1. La íntima convicción

Ha sido definida como «la libertad total del que juzga a la hora de apreciar la prueba, sin motivación, pero dentro de la “sinceridad de su conciencia”»¹⁰⁰. Sus orígenes históricos se vinculan al proceso penal y es obra de los ideólogos de la Revolución francesa, citándose como una de sus principales formulaciones el art. 342 del *Code d'instruction criminelle* francés de 1808. Aparece recogida en el art. 741 LECr., bajo la expresión de la apreciación en conciencia de las pruebas practicadas.

La íntima convicción constituye el contrapunto al sistema de las reglas tasadas de valoración de la prueba, pues se libera al juez de cualquier sujeción a un razonamiento motivado, para hacer descansar la decisión judicial sobre su libre y soberana voluntad, aun legalmente cobijada bajo una genérica y vaga apelación a la conciencia. Constituye una reacción frente a las ataduras de la prueba legal, y parte del hecho que la motivación puede ser considerada como una manifestación de desconfianza hacia esa convicción o voluntad judicial. No se libera de las críticas de quienes consideran que comporta una concepción irracionalista de la decisión de los hechos, radicalmente distinta de la concepción racional de la decisión judicial, puesto que se fundamenta en un acto de intuición subjetiva del juez¹⁰¹, carente de motivación o con una motivación ficticia¹⁰². También se ha afirmado acertadamente que el sistema de la íntima convicción no se entendió meramente como una liberación de las reglas legales de la valoración, sino como la liberación de toda regla, incluidas las de la lógica o las leyes científicas¹⁰³.

La íntima convicción como estándar de prueba presenta varias objeciones. En primer lugar, la formulación de este estándar apela a «certezas» e incluso se ha utilizado la expresión «certeza moral» para referirse a este estándar. En segundo lugar, convierte al juez en un sujeto infalible respecto de la prueba, puesto que establece una conexión necesaria entre la creencia del juez de un hecho y la prueba de ese mismo hecho. En tercer lugar, al fundamentarse sobre las creencias subjetivas del juzgador, convierte en incontrolable su aplicación práctica¹⁰⁴. Se objeta también que el sistema de la íntima convicción comporta que la valoración de la prueba corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales de primera instancia, porque ante ellos se desarrolla la actividad probatoria; y que éstos no están obligados a motivar su decisión, esto es, a desarrollar una argumentación sobre su decisión¹⁰⁵.

La íntima convicción también se ha identificado con la expresión «certeza moral del juez», a menudo referida a la prueba como mecanismo de convicción judicial. Semejante identificación debe reputarse desacertada, tanto en el orden terminológico, como en el epistemológico y en el estrictamente procesal. Desde un punto de vista lingüístico, y sobre los hechos discutidos en el proceso se puede alcanzar o no la certeza, y

¹⁰⁰ J. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, op. cit., 174.

¹⁰¹ M. TARUFFO, *Consideraciones sobre la prueba y motivación*, op. cit., 529 y 534.

¹⁰² *Ibid.*, 538.

¹⁰³ D. GONZÁLEZ LAGIER, *Questio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, op. cit., 75.

¹⁰⁴ J. FERRER BELTRÁN, *La valoración de la prueba*, op. cit., 145, quien atendida la propiedad vaguedad de la apelación a la íntima convicción concluye que «no es un estándar en sentido estricto».

¹⁰⁵ D. GONZÁLEZ LAGIER, *Questio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, op. cit., 77.

si se alcanza la certeza no precisa que sea adornada del adjetivo «moral», mientras que, por el contrario, si no se alcanza la certeza, el adjetivo «moral» tampoco aporta nada y más bien induce a confusión. Epistemológicamente, una certeza en la determinación de los hechos del proceso, no puede basarse en la intuición subjetiva del juez, esto es, en un proceso inescrutable que se produce en el arcano del juez, pues ello equivaldría tanto como a validar una concepción irracional de la prueba. Y desde el punto de vista procesal, el principio de la libre valoración de la prueba, libera al juez de las reglas de la prueba tasada, pero no le libera de la racionalidad de la decisión en la determinación de los hechos, en el sentido que el juez deberá expresar en su sentencia qué hechos considera probados y en virtud de qué medios de pruebas. Esta exigencia, conocida como la motivación del juicio de hecho, es recogida en diversos ordenamientos jurídicos, en normas de rango incluso constitucional (p. ej., art. 120 CE).

4.2. Las reglas de la sana crítica

Constituye una regla de valoración de la prueba propia del derecho español que aparece recogida en textos procesales civiles y penales del siglo XIX. Fue introducida, por vez primera, a través del art 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que rezaba que «los jueces y Tribunales apreciarían, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos». Actualmente constituye una expresión habitual en textos legislativos y en resoluciones judiciales, pero en su día fue percibida como una novedad y como una necesidad de mitigar el rigor de la prueba legal¹⁰⁶.

La expresión de las «reglas de la sana crítica» causó fortuna en los Códigos Procesales Civiles, siendo reiterada, en sus mismos y literales términos en varios artículos de la LEC de 1881¹⁰⁷ y también en la LEC de 2000. Para los lectores familiarizados con el sistema del *common law* la expresión podría traducirse como *rational persuasion* o *rational assessment of evidence* o *sound judicial discretion*¹⁰⁸.

Constituye una regla de valoración de la prueba cuyo alcance resumimos en los siguientes puntos:

En primer lugar, la sana crítica permite ajustarse a las circunstancias «cambiantes locales y temporales y a las particularidades del caso concreto»¹⁰⁹. Conforme reiterada jurisprudencia no son reglas legales ni aparecen definidas en texto normativo alguno, de ahí su adaptabilidad. La jurisprudencia menor ha ofrecido pluralidad de nociones «aunque en definitiva [se] las vincula ora a principios lógicos, ora a reglas nacidas de la experiencia» (SAP Madrid, de 28 de noviembre de 2006)¹¹⁰, siendo muy extendida

¹⁰⁶ J. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, op. cit., 89.

¹⁰⁷ Arts. 609 y 632 —referidos a la prueba pericial— y art. 659 —referido a la prueba testifical—.

¹⁰⁸ A. PAÚL, *Sana crítica. The system for weighing evidence...*, op. cit., 15 y 23.

¹⁰⁹ Sobre la naturaleza e importancia de la sana crítica puede verse M. SERRA DOMÍNGUEZ, «De la prueba de las obligaciones», en *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. XVI, vol. 2, M. ALBALADEJO (dir.), 2.ª ed., Madrid, Edersa, 1991, 23-26; y del mismo autor, «El derecho a la prueba en el proceso civil», en *Libro Homenaje a Jaime Guasp*, Granada, Comares, 1984, 583-585.

¹¹⁰ SAP Madrid, secc. 10.ª, de 28 de noviembre de 2006, FJ 5.º (EDJ 2006/414368), con cita de numerosa jurisprudencia.

la noción que constituyen «el camino del discurrir humano que ha de seguirse para valorar sin voluntarismos ni arbitrariedades los datos suministrados por la prueba» (SAP Guipúzcoa, de 15 de mayo de 2006) ¹¹¹.

En segundo lugar, la sana crítica es un sistema de libre valoración motivada. No se debe confundir la libre valoración de la prueba con la discrecionalidad judicial, puesto que como se ha dicho acertadamente «el principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón» ¹¹². Una valoración libre debe ser una valoración razonada, y el juez debe explicar el cómo y el porqué otorga credibilidad al testimonio, al perito o la parte, en observancia del deber de motivación de las resoluciones judiciales (arts. 120.3 CE y 218 LEC). Las reglas de la sana crítica constituyen el expediente que permite racionalizar la discrecionalidad judicial en la valoración de la prueba, la cual debe guiarse por «las reglas científicas, por la lógica y la argumentación racional» ¹¹³. Se ha dicho con precisión que «frente a otros ordenamientos en los que, como reacción a la prueba legal, se pone el acento en la libertad del juzgador, el español pone el énfasis en la racionalidad que ha de estar en la base de la valoración» ¹¹⁴.

En tercer lugar, y en orden al fundamento de las reglas de la sana crítica, para algunos autores se trata de una concepción propia y exclusiva de los códigos españoles e hispanoamericanos; mientras que para otros, se trata de una distinta formulación verbal del principio del libre convencimiento del juzgador ¹¹⁵, en cuanto que únicamente existen sistemas de valoración de prueba legal y de prueba libre, y la expresión «sana crítica» alude a la necesidad de una prueba libre y motivada conforme a los dictados de la razón y la lógica que, en expresión centenaria y afortunada, fue condensada en la feliz expresión de «sana crítica».

En cuarto lugar, la sana crítica supone un enfoque de la valoración de la prueba desde la perspectiva de los medios y no del fin. Con acierto se ha dicho que «la sana crítica es un *medio*; la libre convicción es un *fin* o un *resultado*» ¹¹⁶. Tal vez el acierto y la pervivencia de esta expresión, ya centenaria, consista en haber desplazado la noción de la valoración probatoria desde la perspectiva del resultado a la de los medios, pues con ella se resalta y destaca el instrumento —la racionalidad o buen criterio judicial— de motivación.

En quinto lugar, y a partir de la propia terminología legal, y de modo pedagógico, GUASP explicaba que las «reglas de la sana crítica» «son los criterios normativos («reglas», pero no jurídicas) que sirven al hombre normal, en una actitud prudente y

¹¹¹ SAP Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 15 de mayo de 2006, FJ 3.º (EDJ 2006/398652).

¹¹² M. TARUFFO, «Conocimiento científico y estándares de prueba judicial», en *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, núm. 52, marzo 2005, 67; y también en *Prueba y estándares de prueba judicial*, op. cit., 57.

¹¹³ M. TARUFFO, «Conocimiento científico y estándares de prueba judicial», en *Prueba y estándares de prueba judicial*, op. cit., 57.

¹¹⁴ J. MONTERO AROCA, *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, III Congreso Panameño de Derecho Procesal, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, 2006, 434.

¹¹⁵ V. DENTI, «Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972 (2-3), 295; J. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, op. cit., 89, para quien «aquello que se deduce de la “sana crítica” no difiere en absoluto de lo que pretende la *intime conviction* o la *frei Beweiswürdigung*».

¹¹⁶ S. SENTÍS MELENDO, *La prueba*, op. cit., 431.

objetiva («sana») para emitir juicios de valor (estimar, apreciar: «crítica» acerca de una cierta realidad)¹¹⁷.

En sexto lugar, también se ha apuntado que el recurso al sistema de valoración conforme a las reglas de la sana crítica es una solución de compromiso entre la rigidez y la desconfianza hacia los jueces, representado por el sistema de prueba tasada, y la excesiva flexibilidad e irresponsabilidad, representado por el sistema de la íntima convicción¹¹⁸, aun cuando tal apreciación parte de la discutible premisa que la íntima convicción sea un sistema de valoración de la prueba, cuando menos desde una concepción de la valoración racional de la prueba.

4.3. La mínima actividad probatoria

Es un estándar desarrollado por el Tribunal Constitucional español con respecto al proceso penal. Se formula, por vez primera, en la STC 31/1981, de 28 de julio, en la que se afirma:

el principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 de la LECr., supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia es preciso la concurrencia de una *mínima actividad producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo* y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la concurrencia de dicho presupuesto en caso de recurso. Por otra parte, las pruebas a las que se refiere el art. 741 LECr., son las pruebas practicadas en el juicio, luego el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él¹¹⁹.

La referida expresión —«mínima actividad probatoria de cargo»— significa que para obtener una sentencia condenatoria en el proceso penal debe realizarse una actividad probatoria de cargo que sea lícita y practicada con todas las garantías procesales en el juicio oral. La sentencia de referencia fue dictada en un recurso de amparo por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Siguiendo a MIRANDA ESTRAMPES la destrucción de la presunción de inocencia requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos: 1.º) corresponde al Tribunal de instancia la valoración de la prueba y toda condena que se dicte en el proceso penal debe ir precedida de una *mínima actividad probatoria*, de manera que una condena sin esa *mínima actividad probatoria* vulneraría el derecho a la presunción de inocencia; 2.º) esta *mínima actividad probatoria* debe haberse practicado con todas las garantías procesales y con respeto a los derechos fundamentales, debiéndose practicar la prueba con todas las garantías previstas en el art. 24.2 CE: contradicción, publicidad, oralidad e intermediación; 3.º) esta *mínima actividad probatoria* debe ser una prueba de cargo, esto

¹¹⁷ J. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, vol. 1.º, 2.ª parte, M. AGUILAR (ed.), Madrid, 1947, 647. En sentido similar, E. FONT SERRA, *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial*, Madrid, La Ley, 2001, 187-188.

¹¹⁸ A. PAÚL, *Sana crítica. The system for weighing evidence...*, op. cit., 15 y 23.

¹¹⁹ STC, Sala 1.ª, de 28 de julio de 1981, FJ 3.º (RTC 1981/31) (la cursiva es mía).

es, debe permitir fijar la culpabilidad del acusado; y 4.º) la *mínima actividad probatoria* debe practicarse en el acto del juicio oral^{120, 121}.

El estándar de la *mínima actividad probatoria de cargo* se ha convertido en una cláusula de estilo en las sentencias penales y en la doctrina científica. Sin embargo, la expresión es censurable desde un punto de vista técnico-jurídico, dado que, por una parte, en materia de prueba penal parece más acertado referirse a la existencia o inexistencia de prueba que a «mínimos» o «máximos de prueba», y por otra parte, tampoco resulta adecuado referirse a la concurrencia de un determinado número de pruebas, pues la destrucción de la presunción de inocencia puede desprenderse de una sola prueba¹²². De ahí que en sentencias posteriores en vez de utilizar la expresión «mínima actividad probatoria» se emplee la expresión «suficiente actividad probatoria de cargo» (STS de 10 de abril de 2010)¹²³, o la expresión «medios probatorios suficientes» (STC de 19 de septiembre de 1988)¹²⁴ en otras se empleen otras expresiones tales como «juicio sobre la prueba» y «juicio sobre la suficiencia» (STS de 29 de octubre de 2009)¹²⁵.

Se ha criticado la expresión «mínima actividad probatoria», pues el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene revelando la exigencia de una máxima actividad probatoria de cargo. La apelación a la actividad probatoria no es sino una remisión a la necesidad de basar la convicción judicial sobre datos objetivos, pero, en

¹²⁰ M. MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, J. M. Bosch, 1977, 124.

¹²¹ La STC, Sala 1.ª, de 25 de septiembre de 1989, FJ 2.º (RTC 1989/150) afirma: «[...] no todo acto procesal constituye acto de prueba, sino, antes al contrario, por actos de prueba tan sólo cabe entender los practicados en el juicio oral bajo los principios de contradicción e inmediatez del órgano judicial decisor, pues este Tribunal tiene declarado que las pruebas a las que se refiere el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr., en adelante) son “las pruebas practicadas en el juicio” (STC 31/1981), debiéndose exceptuar exclusivamente de dicha regla la prueba sumarial “anticipada y preconstituida”, siempre y cuando en su ejecución se haya garantizado la aplicación de los referidos principios de contradicción e inmediatez de un órgano judicial, de un lado, y pueda preverse su imposibilidad de reproducción en el juicio oral, de otro (STC 80/1986 y 150/1987)».

¹²² M. MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, op. cit., 129.

¹²³ La STS, Sala de lo Penal, secc. 1.ª, de 10 de abril de 2008, FJ 3.º (RJ 2008/1575) afirma: «El control, en la casación, de la presunción de inocencia se extiende sobre si ha existido una *suficiente actividad probatoria de cargo*, mediante medios obtenidos y aportados al proceso sin infracción de normas constitucionales u ordinarias, y sobre si en las inferencias, cuyas ilaciones el Tribunal *a quo* ha debido exponer, no se observa quebrantamiento de pautas derivadas de la experiencia general, normas de la lógica o principios o reglas de otra ciencia» (la cursiva es nuestra).

¹²⁴ STC, Sala 1.ª, 19 de septiembre de 1988, FJ 1.º (RTC 1988/160) afirma: «Sólo nos corresponde verificar si se llevaron al proceso penal, y con las debidas garantías, medios probatorios suficientes sobre esas circunstancias específicas, lo que excluiría una lesión del derecho a la presunción de inocencia, pero sin entrar en modo alguno en la valoración, en conciencia, que de tales pruebas haya realizado el juzgador, de acuerdo con el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y ejercitando la función de juzgar que le encomienda el art. 117.3 de la Constitución, sin que este Tribunal pueda ni deba actuar como una tercera instancia (STC 174/1985, de 16 de diciembre)».

¹²⁵ STS, Sala de lo Penal, secc. 1.ª, de 29 de octubre de 2009, FJ 2.º (RJ 2009/7812) afirma: «Es reiterada la doctrina de esta Sala en relación al ámbito del control casacional cuando se denuncia la violación del derecho a la presunción de inocencia. a) En primer lugar, debe analizarse el “juicio sobre la prueba”, es decir si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respecto al canon de legalidad constitucionalmente exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de la legalidad ordinaria y sometida al cedazo de la contradicción, inmediatez e igualdad que definen la actividad del Plenario; b) En segundo lugar, se ha de verificar el «juicio sobre la suficiencia», es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia [...]».

definitiva, y a pesar de la apelación a la racionalidad, todo dependerá de la convicción judicial¹²⁶. A diferencia de la expresión *beyond any reasonable doubt*, el estándar de la *mínima actividad probatoria de cargo* no nos ofrece una indicación sobre el grado de prueba necesario para condenar, amén que el estándar de prueba debe referirse al resultado probatorio, y no a la «actividad probatoria».

4.4. El coeficiente de elasticidad de la prueba

Ha sido un concepto desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en relación con la institución de la carga de prueba y la dosis de prueba necesaria para lograr la convicción judicial. Sirva como punto de partida de nuestro comentario, y entre otras muchas, la STS de 30 de mayo de 2011, en cuyo fundamento jurídico tercero se afirma:

No cabe confundir el tema del *onus probandi* con el de la *dosis de prueba*. La carga de la prueba no entra en juego aunque la prueba utilizada por el juzgador sea escasa o de mínima entidad. Salvo los casos en que basta un principio de prueba, en los demás, la tasa de prueba exigible varía según las circunstancias del supuesto que se trate. Con arreglo al *coeficiente de elasticidad de la prueba* no es necesaria una concreta tasa de prueba. Para la convicción del juzgador puede ser suficiente cualquiera de los medios de prueba, o las presunciones; y la falta de entidad de una prueba sólo es denunciabile en el recurso extraordinario, en sede del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, cuando incurra en irrazonabilidad o arbitrariedad. Pero este defecto constitucional (infracción del art. 24.1 CE) no es una mera hipótesis porque exige que se acredite su realidad, sin que baste la mera afirmación¹²⁷.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de referencia, alude a la dosis de prueba sobre la base de las siguientes afirmaciones. En primer lugar, no existe una dosis de prueba tasada, sino que varía en función de las circunstancias de cada caso. En segundo lugar, la dosis de prueba debe medirse con arreglo al coeficiente de elasticidad de la prueba. Y, en tercer lugar, la dosis de prueba suficiente para generar la convicción judicial puede provenir de cualquier medio de prueba o de las presunciones.

El coeficiente de elasticidad de la prueba es un concepto que aparece definido negativamente, de manera que no es necesaria una concreta tasa de prueba para que un hecho pueda resultar acreditado. En sentido negativo, por tanto, no se necesita una determinada cantidad o calidad de las pruebas para tener por acreditado por un hecho. Pero, y ¿en sentido positivo? El coeficiente de elasticidad de la prueba remite a la consideración que la suficiencia de la prueba es relativa y circunstancial, esto es y en otras palabras, es necesaria la objetivación en la valoración de la prueba —lo cual se consigue mediante la motivación—, pero esa valoración dependerá de la subjetiva convicción de cada juez, al no existir reglas tasadas. Se trata, en definitiva, y como acertadamente apunta MUÑOZ SABATÉ, de un problema psicológico y en el que no existen reglas objetivas en las que, a diferencia de la carga de la prueba, nos indiquen la dosis de prueba¹²⁸.

¹²⁶ J. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, op. cit., 94.

¹²⁷ STS, Sala 1.ª, 30 de mayo de 2011, FJ 3.º (RJ 2011/3994) (la cursiva es mía).

¹²⁸ L. MUÑOZ SABATÉ, *Fundamentos de prueba judicial civil LEC*, J. M. Bosch, 2001, 169.

Es un concepto de creación jurisprudencial que actúa como parámetro configurador de la dosis de prueba desde una triple perspectiva. Primero, en el plano ontológico, para sentar la premisa que la dosis de prueba en el proceso civil no es tasada y objetiva, sino circunstancial y relativa (dependiendo de la materia objeto de enjuiciamiento), y aun subjetiva (dependiendo del sujeto enjuiciador). Es circunstancial y relativa, porque no es lo mismo la dosis de prueba, por poner un ejemplo, para acreditar la existencia de un contrato de compraventa aportado por documento público que la falta de capacidad del testador para el otorgamiento del testador. Y es subjetiva, porque, a título de ejemplo, la credibilidad que puede producir la declaración de un testigo o un perito en el proceso civil para convencer al juez en la instancia puede no ser suficiente para convencer al tribunal en la apelación o, inversamente, el tribunal en la apelación puede resultar convencido por la declaración de un testigo o perito que no logró convencer al juez en la instancia.

Segundo, en el plano cuantitativo, para sentar la premisa que la dosis de prueba es independiente del número o cantidad de los medios de prueba propuestos y admitidos, pudiéndose desprender la convicción judicial bien de la concurrencia de distintos medios de prueba, bien, por el contrario, de la existencia de un solo medio de prueba con entidad suficiente. La convicción judicial, máxime en un ordenamiento procesal civil que prima el sistema de libre valoración de la prueba, no atiende tanto al «número» de pruebas practicadas cuanto al peso (eficacia) que se desprende de las pruebas practicadas, sean pocas o muchas.

Y tercero, en el plano cualitativo, para fijar la premisa que la convicción judicial puede desprenderse de cualquiera de los medios de prueba admitidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil y también por el método de las presunciones. No existe, por así decirlo, una jerarquía en los medios de prueba, aun sin ignorar la utilidad o idoneidad de unos medios de prueba para probar determinadas cuestiones.

Desde un punto de vista crítico debe objetarse que la expresión «coeficiente» puede dar a entender algo que es medible y que la expresión «elasticidad de la prueba» puede dar a entender que la valoración de la prueba es arbitraria, cuando en realidad, quiere expresar que la convicción judicial no depende de un número de pruebas (cantidad de la prueba) y que todas las pruebas e incluso las presunciones pueden formar la convicción judicial (calidad de la prueba).

5. EPÍLOGO

A modo de epílogo de este estudio interesa destacar las siguientes ideas:

Primera. El estudio de la dosis de prueba ha preocupado tanto a filósofos y a procesalistas, cuyos autores más autorizados defienden que la finalidad del proceso es la aproximación a la realidad histórica de los hechos.

Segunda. Existe una aspiración por objetivar la dosis de prueba, siendo preferibles aquellas opciones que optan por la noción de probabilidad lógica frente a la de la probabilidad cuantitativa, porque la primera permite sostener una concepción racional de la prueba, en el que la prueba se concibe como instrumento epistémico

para conocer la verdad de los hechos en el proceso y la decisión judicial como fruto de inferencias lógicas.

Tercera. El término estándar de prueba (*standard of proof*) aparece vinculado a la tradición jurídica del *common law*, y como una suerte de instrucciones que el juez ofrece a los jurados para fijar la regla mínima de suficiencia probatoria, distinguiéndose solamente dos estándares, uno propio del proceso penal y condensado en la expresión *beyond any reasonable doubt* e interpretado como la necesidad que el jurado se sienta seguro para emitir un veredicto de culpabilidad, y otro propio del proceso civil y condensado en la expresión *preponderance of evidence*, interpretado como que el juez debe tener por acreditadas aquellas afirmaciones que hayan recibido mayor sustento probatorio.

Cuarta. En derecho continental lo más similar a los estándares de prueba serían bien las reglas de valoración de la prueba, tales como la íntima convicción, la *frei Beweiswürdigung* o la apreciación según las reglas de la sana crítica; bien las construcciones jurisprudenciales, tales como la mínima actividad probatoria de cargo o el coeficiente de elasticidad de la prueba.

Quinta. El Tribunal Supremo español ha acuñado el concepto del «coeficiente de elasticidad de la prueba», ligado a la institución de la carga de la prueba, y que permite afirmar que la dosis de prueba no es tasada y objetiva, sino circunstancial y relativa —dependiente de la materia objeto de enjuiciamiento—, siendo independiente la convicción judicial del número o cantidad de las pruebas practicadas y pudiéndose formarse la convicción judicial de cualquiera de los medios de prueba practicados y también de las presunciones.

Sexta. La dosis de prueba es la regla que establece el nivel de suficiencia probatoria. Los estándares de prueba (del *common law*) o las reglas de valoración de la prueba (del *civil law*) contribuyen a objetivar y racionalizar el proceso de formación de la decisión judicial que, en definitiva, es un proceso subjetivo y autónomo de cada juez o jurado.

A modo de toma de postura personal, cabe concluir que los estándares de prueba del *common law* responden a los principios propios del sistema anglosajón, en el que existen casos, particularmente penales, sometidos a la decisión de un jurado que precisa de instrucciones, mientras que las reglas de valoración de la prueba responde al modelo de decisión de un juez profesional, más característico del *civil law*. En ambos sistemas, y cualesquiera que sean sus principios, es necesario establecer mecanismos de objetivación y control de la decisión judicial y en ambos sistemas el juez debe ser capaz de exteriorizar los motivos racionales de su decisión.