

Suficiencia probatoria en el proceso civil

Proof conviction in the civil process

Leonardo Andrés Llanos Lagos*

RESUMEN

Este trabajo presenta deficiencias observadas en las normas acerca de valoración de la prueba en sede procesal civil, su uso por los jueces de instancia y el (des)control de los tribunales superiores respecto de los hechos probados. Este problema se vincula con la falta de criterio normativo en relación con la suficiencia probatoria requerida al momento de la decisión. Luego, se analizan las propuestas de derecho comparado, en especial el estándar de preponderancia de la prueba, el que no se aviene a un sistema preferentemente legal y devela problemas al aplicar criterios de probabilidad sin consideraciones epistémicas. Esto incide en una laxa motivación fáctica en las sentencias civiles y que abarcan una creencia no justificada por los jueces y que inhibe un control intersubjetivo. Se concluye que la solución debe ser legal y propender a un sistema de libertad probatoria a base de la sana crítica.

Palabras clave: *Estándar probatorio; prueba legal; creencia y aceptación; proceso civil; estadística y probabilidad.*

ABSTRACT

This work shows flaws saw in the rules on the assessment of evidence in civil proceedings, its use by trial judges and the (lack of) control of higher courts about the evidenced facts. This problem is linked to the lack of normative criteria about the evidentiary sufficiency needed at the moment of the decision. Then, comparative law proposals are analyzed, especially the preponderance of the evidence standard, which does not conform to a preferably legal system and reveals problems when applying probability criteria without epistemic considerations. This affects a lax factual motivation in civil sentences and is incardinated with a not justified true belief by judges and that inhibits intersubjective control. It is concluded that the solution must be legal and promote a system of probation based on sound criticism.

Keywords: *Burdens of proof; legal proof; belief and acceptance; civil process; statistics and probability.*

* Juez del Primer Juzgado Civil de Talcahuano. Correo electrónico: leonardo.llanos.lagos@gmail.com

Fecha de recepción: 2/4/2024

Fecha de aceptación: 9/10/2024

1. INTRODUCCIÓN

Desde la consolidación del nuevo proceso penal se estableció en nuestro país un paradigma racionalista respecto del momento probatorio, basado en el giro epistémico de la motivación judicial en materia de hechos, tópico profusamente explicado y contextualizado por la doctrina nacional¹.

En efecto, el Art. 297 del Código Procesal Penal (CPP) cristalizó un sistema racional de libre valoración explicitado en la motivación de la sentencia². Así, una decisión justificada es una decisión motivada, ya que cuenta con razones que la justifican (Araya, 2018, pp. 115-116). La noción de justificación es relacional, es decir, un acto o una norma están justificados en relación con un conjunto de razones. *Ergo*, la conclusión estará motivada si se deriva de las premisas –fácticas y normativas– adoptadas en el razonamiento. Es por lo que una decisión judicial como norma estará justificada sí y solo sí se deriva de las premisas del razonamiento y estas son verdaderas (Ferrer, 2011, pp. 97-98)³.

Establecer un sistema valorativo libre, racional y motivado de la prueba fue una novedad para nuestro derecho, cisma que se replicó posteriormente en los nuevos procedimientos acerca de derecho de familia, laboral, ambiental y de contratación pública. En sintonía con el sistema racional de valoración de prueba, el legislador explicitó un estándar probatorio exigente consistente en el de la duda razonable (Art. 340 del CPP).

Así, la valoración libre de la evidencia, el grado de certeza exigido para dar por probados los hechos y el establecimiento de la obligación de motivar la decisión judicial como parte integrante de un debido proceso –sobre todo en materia penal– se aviene plenamente con un Estado Democrático de Derecho (Politoff, 1989, p. 16). Asimismo, este método permite un mejor control intersubjetivo del razonamiento probatorio por

¹ Básicamente se trata de no decidir a base de intuiciones o corazonadas por parte de los jueces y jurados. Twining (2006, pp. 36-75) habla de tradición racionalista de la prueba para referirse al uso correcto de la capacidad decisoria de la razón y la evaluación racional de la evidencia para determinar los hechos del caso. Citado en Coloma, Larroucaou y Páez (2024, p. 5). Véase entre otros: Accatino: (2002), (2006), (2009), (2011), (2014) y (2015); González, (2006); Coloma (2009), (2012); Benfeld (2018), (2020) y (2021).

² Dentro de este enfoque, desde una mirada teórica y con fines prescriptivos, se sostiene que la relación entre el juez y la prueba de los hechos se puede desagregar en distintas fases: producción, incorporación, valoración y decisión (Ferrer, 2007, p. 21).

³ Este modelo racional de motivación se opone a una concepción psicologista que identifica la expresión lingüística de los motivos que han llevado a una decisión. Es decir, la valoración de la prueba se entiende como un elemento subjetivo de fe consistente en lo que el juez creyó que se tuvo por acreditado a partir de las pruebas presentadas. La motivación tiene una función meramente persuasiva y se tiende a disociar de la verdad material o de una aproximación cercana a ella. Busca convencer de que la decisión adoptada es adecuada como solución del conflicto planteado en el proceso y deviene en una justificación más política y moral que jurídica (Ferrer, 2011, pp. 97-98).

parte de los tribunales superiores de justicia respecto de los hechos probados, pero por sobre todo, de las partes⁴.

1.1. *Valoración de la prueba y convicción en el proceso civil*

Sin embargo, dentro del ciclo de reformas procesales ocurridas a principios de este siglo, el gran preterido –y rezagado– en este avance fue (y es) el proceso civil. Las obsoletas normas acerca de valoración de la prueba se encuentran en el Código Civil (CC) promulgado en 1855 y en el Código de Procedimiento Civil (CPC) de 1902 y solo han tenido reformas cosméticas.

En lo relativo a la prueba, el modelo sigue asentado en la taxatividad de los medios de prueba admitidos y la asignación legal de fuerza probatoria a los mismos. La deficiencia normativa del modelo civil en las reglas respecto de admisión, justificación y convicción probatoria son cuestiones difíciles de conciliar con una visión racional del proceso, el que debe garantizar la protección y ejercicios de los derechos subjetivos y controlar el cumplimiento del Derecho (Carbonell, 2019, p. 591). Que en los juicios civiles la *ratio* se oriente principalmente en razones hermenéuticas no es óbice para desatender la importancia de la prueba de los hechos, aunque se sostenga que lo que se busca es establecer, en un proceso judicial, la concurrencia o no de un hecho *jurídicamente relevante* (Coloma, Larroucaou y Páez, 2024, p. 10). Este déficit normativo permea en una muy baja calidad epistémica de las sentencias civiles (Larroucaou, 2012, p. 786)⁵.

En un trabajo anterior se abordó el razonamiento judicial probatorio desde la teoría de las actitudes proposicionales analizadas y se afirmó que nuestro sistema de valoración de prueba civil descansa sobre la actitud proposicional de creencia no justificada, cuyo principal problema es que permite al juez tener por probada una hipótesis, pese a no estar convencido y, por tal, no exige la necesidad de dar razones epistémicas en favor de aquello que se tiene por verdadero (Llanos, 2024, pp. 84-90)⁶.

⁴ El vocablo “hecho” tiene un sentido amplio y ambiguo y que para efectos didácticos se concibe como aquel acaecimiento empírico –que no es derecho como–, realmente ocurrido, desnudo de subjetividades e interpretaciones; y que es objeto de prueba en el proceso. Este concepto admite una gran clasificación que excede el propósito de este trabajo (González L., 2003, p. 18-19 y 2022, p. 5).

⁵ J. Larroucaou (2012, p. 786) estima que nuestra práctica judicial en materia de prueba civil entiende las reglas de la sana crítica como un rechazo a las reglas de peso probatorio y un aliciente para que determinen según su convicción (desde una perspectiva subjetiva) si los hechos están o no probados. Es decir, una concepción persuasiva o psicologista de la valoración de la prueba.

Al respecto, en un estudio realizado a jueces chilenos, el valor “verdad” no es el principal que deben considerar en sus decisiones judiciales en el daño civil (Valenzuela, 2023, p. 239).

⁶ Esta propuesta proviene del filósofo L.J. Cohen, quien discrepa de la probabilidad matemática como respuesta a temas acerca de prueba y prefiere hacer uso de una probabilidad causal o inductiva asociada a una creencia justificada o aceptación de parte del juzgador respecto de aquello que se tiene por acreditado (Gascón, 2004, p. 184 y Ferrer, 2004, p. 85)

En efecto, las normas concernientes a valoración de la prueba civil están ancladas en una concepción persuasiva, asociada al concepto de creencia (como sinónimo de convicción o credibilidad) por parte del juez. Dichas razones normativas no siempre se corresponden o aproximan a la verdad entendida como sinónimo de realidad. El modelo contiene una variedad de reglas que se decantan por una actitud proposicional de creencia no justificada, entendida como una mera sensación o sentimiento –pasivo e involuntario– de que algo es verdadero y que se asocia a la convicción íntima (Ferrer, 2005, p. 87). Por tanto, el sistema deviene en un proceso subjetivo e irracional (Dei Vecchi, 2014, p. 246)⁷.

La creencia –justificada o no– tiene siempre pretensión de verdad: solo es posible creer en lo que creemos que es verdad; por tanto, es independiente de cualquier contexto. La aceptación, en cambio, si se contrapone con lo que creemos, se contenta con una pretensión de justificar (tiene que estar justificado que aceptemos como verdadero lo que creemos o sabemos que no lo es), y depende por tanto del contexto específico de premisas presentes en un razonamiento determinado. La aceptación se puede apoyar también en razones distintas de la creencia, como son razones normativas, las que pueden llevar a alguien a aceptar algo en lo que no cree. Es por lo que estimo que el modelo de valoración en el proceso civil es preferentemente tasado y contiene reglas que se decantan por una actitud de creencia no justificada (Llanos, 2024, pp. 88-90).

1.2. *Acerca de las leyes reguladoras de la prueba y su control casacional*

La cuantía o peso de cada medio de prueba está expresamente regulada mediante un sistema normativo que importa una limitación de las facultades privativas de los sentenciadores en su valoración y constituyen un tipo de leyes reguladoras de la prueba (LRP) (Larroucau, 2017, p. 314)⁸. Por tanto, la sentencia pronunciada aparentemente con infracción a las LRP puede ser controlada mediante el recurso de casación en el fondo, siempre y cuando dicha infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia (Art. 767 del CPC). Sin embargo, este modelo inhibe controlar si el juez estableció correctamente los hechos controvertidos, ni siquiera en relación con el valor probatorio asignado a cada medio de prueba (Accatino, 2015, p. 6).

⁷ Este modelo se tiende a confundir con la expresa facultad de valorar la prueba por parte del juez en algunos casos mediante la frase “el juez apreciará la prueba en conciencia”. “Ella excluye la valoración legal; es elemento de valoración por persuasión racional; excluye la arbitrariedad; mantiene subsistentes las demás reglas reguladoras de la prueba que no constituyen reglas de valoración; y está dispuesta para diversas materias específicas” (Peñailillo, 1995, p. 90). “Al exigir que el juez resuelva según su conciencia, en realidad no se le está ayudando a resolver el dilema del juicio, sino que se le está diciendo que renuncie a la aplicación de cualesquiera reglas de valoración legal” (Nieva, 2010, p. 90).

⁸ Sentencia C. S., 5.04.2012, Rol N° 11746-2011, citado por Larroucau, 2017, p. 314.

Esta laxitud de la revisión acerca del establecimiento de los hechos obedece al criterio jurisprudencial que repugna el control de los hechos mediante el recurso de casación y que propone que determinarlos es una manifestación de la *soberanía judicial* radicada en primera instancia. Este credo es tan rígido que incluso alcanza a las leyes de valoración de prueba, las que precisamente son directrices para evaluar la motivación del juez respecto de los hechos probados y su aproximación inferencial a la verdad⁹.

Por esta razón son escasos los fallos que acojan recursos por infracción a las LRP¹⁰. Por regla general, las exiguas sentencias de casación que razonan acerca de la valoración de la prueba en sede civil se pronuncian acerca de la valoración de las pericias cuya fuerza probatoria se aprecia según las reglas de la sana crítica (Banfi y Carbonell, 2023, p. 109). El razonamiento de la Corte Suprema parece ser el siguiente: al ser la infracción a las reglas de la sana crítica motivo de nulidad en sede penal (Art. 374 e) CPP) y laboral (Art. 478 b) Código del Trabajo), es absolutamente pertinente pronunciarse al respecto en sede civil. Esto lleva a la paradoja que el control procesal intersubjetivo no se aplica a la infracción de reglas explícitas acerca de valoración, pero sí a las reglas implícitas (o no desarrolladas normativamente) de valoración según la sana crítica, las que sí constituyen LRP y que, por tanto, permiten su control y eventual examen respecto de los hechos asentados mediante el recurso de casación¹¹ (Larroucau, 2017, p. 314).

En síntesis, estas deficiencias observadas en la valoración y en la decisión de la prueba en sede procesal civil y su falta de control por parte de los tribunales superiores obedecen a la obsolescencia del sistema y se reflejan en una mermada motivación acerca

⁹ En 1954, Carlos Anabalón señaló que estas leyes “no son fórmulas rígidas, precisas ni concretas, que puedan adaptarse a cada caso particular y dentro de las cuales se hayan de ver los jueces como aprisionados en un corselete de hierro; más bien son meras indicaciones para que estos se dirijan con mayor comodidad y confianza por el camino de la verdad en la apreciación de la prueba”. De acuerdo con Anabalón, se trataría de una “elasticidad –si así se pudiera decir– que la ley consagra en favor de los jueces para que estos apliquen el cartabón de su mente y de su conciencia” (Anabalón, 1954, pp. 259-260, citado por Larroucau, 2017, p. 315).

En Alemania, esta situación tiene una explicación histórica proveniente de la jurisprudencia del Obertribunal de Prusia, que creyó encontrar “cuestiones de derecho tan solo en la interpretación de la ley, y veía en el resultado concreto de la subsunción una cuestión de hecho no reexaminable” (Henke, 2023, p. 163).

¹⁰ En sentencia de la CS del 07.03.2024 ROL 92409-2021 de la cuarta sala se casó en el fondo sentencia que fue pronunciada con infracción de ley, pues vulneró el artículo 425 del CPC, ya que valoró una prueba documental (Oficio que contiene un informe) como si fuese un informe pericial, aplicando las reglas de la sana crítica a una situación no prevista por la ley, infringiendo el Art. 414 y siguientes del CPC (C. 8°).

¹¹ En este sentido, sentencias de la Corte Suprema ROL 84417-2021 (14.03.2023); ROL 29917-2022 (24.03.2023); ROL 120279-2022 (10.04.23) y ROL 134105-2022 (08.05.2023). En el considerando 16° de la sentencia ROL 28122-2019 Puente Quelén Quelén (12.07.2021), se explica de la siguiente forma: “La explicitación en la aplicación de estos parámetros de la sana crítica permite el examen de las partes y los ciudadanos en general, como el control que eventualmente pudieran llegar a efectuar los tribunales superiores a través del sistema recursivo que el procedimiento contemple. Por lo mismo, la inobservancia o transgresión de aquellos puede dar origen a la interposición de los recursos que prevé el legislador y controlable mediante el recurso de casación, puesto que al no cumplir con las reglas de la sana crítica se vulnera la ley”.

de la prueba de los hechos por parte del juez *a quo*, carente de argumentos relacionales que permitan su control¹².

Consecuencia de este (des)control es que el juzgador civil tampoco obedece a las normas acerca de la valoración tasada. Este desuetudo es más grave de lo que aparenta, ya que tampoco existe norma que señale cuánta prueba es necesaria y cuál es el grado de convicción suficiente para tener por acreditado un hecho *substancial, pertinente y controvertido*. La mezcla de estos factores implica que la motivación de los hechos en el proceso civil se encuentra lejos de lo que exige un Estado democrático de Derecho a la administración de justicia.

Descritos ya los problemas observados, en el capítulo II se presenta una sucinta explicación acerca de la convicción probatoria en materia civil y sus problemas en relación con las normas pertinentes a valoración. En el capítulo III se intentará dilucidar estos nudos probatorios a la luz de las teorías probabilísticas de la prueba y que versan respecto de la cantidad de prueba y su fuerza probatoria necesaria para tener por probado un hecho. Por último, en el capítulo IV se expondrán dos problemas que inhiben aplicar el estándar de la preponderancia de la prueba al momento de la decisión, dentro del proceso civil.

2. CONVICCIÓN Y MOTIVACIÓN EN EL PROCESO CIVIL

El proceso civil es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (con relación a un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria (Chioyenda, 1936, Vol. I, p. 38). Su fin es la resolución de un conflicto suscitado entre dos partes mediante una decisión contenida en una sentencia judicial. Actualmente existe consenso acerca de la necesidad de la motivación en la sentencia entendida la culminación de un trazado compuesto de distintas fases y que se expresa en una decisión final. Así, se sostiene que la motivación es una garantía de cierre del sistema para el imputado (Ferrajoli, 1995, pp. 622 y 623). Si se extrapola al proceso civil, la motivación se convierte en una garantía de cierre para las partes¹³. La fundamentación de la decisión significa justificación de aquella, la que permite la minimización de la arbitrariedad judicial; favorece una mayor perfección en el proceso interno de elaboración argumentativa; cumple un función retórica

¹² Al respecto Iván Hunter habla de “relajos probatorios” que corresponden a ciertas categorías de hechos psicológicos como la simulación, fraude o daño moral; también respecto de los hechos negativos, los hechos complejos, los hechos futuros, los hechos íntimos y aquellos de naturaleza técnica (Hunter, 2015, p. 217 y siguientes).

¹³ “La función endoprocesal de la motivación de la sentencia está encaminada a facilitar la impugnación y el juicio sobre la impugnación” (Gascón, 2004, p. 191).

o didáctica y permite a las partes usar adecuadamente los medios de impugnación que la ley les otorga (Pereira, 1992, pp. 11-13)¹⁴.

La justificación se logra primordialmente mediante la argumentación, herramienta que en general se usa para lograr la convicción o la aceptación del interlocutor o del auditorio respecto de una premisa. Sus características son: a) es una acción relativa a un lenguaje; b) presupone un problema previo; c) se puede entender como un proceso o como el resultado y, d) es una actividad eminentemente racional (Atienza, 2006, pp. 71-76). Por estos motivos la argumentación se realiza principalmente por medio de la comunicación de razones. Se persigue –según el proceso mental de raciocinio– reducir los márgenes de discrecionalidad de los jueces en la motivación y dotar a la decisión de un grado alto de certeza jurídica.

En el ámbito factual, la fundamentación consiste en la exigencia de corroboración suficiente entre el hecho y las pruebas aportadas durante el proceso¹⁵. “Eso supone la apreciación crítica de la fiabilidad de las evidencias a través de las cuales se pretende que el tribunal obtenga, indirectamente, conocimiento de los hechos que son objeto del proceso, así como de la intensidad del nexo inferencial que permite vincularlas con esos hechos” (Accatino, 2015 p. 3). Además de la exigencia de corroboración entre el hecho y las pruebas, se requiere explicitar qué significa que una hipótesis esté suficientemente corroborada, y para lograr aquello es necesario indicar el patrón, baremo o estándar utilizado como umbral de suficiencia global de la evidencia¹⁶.

2.1. *La valoración individual de la prueba*

En el sistema procesal civil chileno se establece quién está obligado a probar y se señalan taxativamente cuáles son los medios de prueba admisibles (Art. 1698 CC). En el CPC se instruye por anticipado al juez el valor probatorio que debe atribuir a cada medio, es decir, la fuerza que tiene un medio de prueba en particular para confirmar un enunciado fáctico en disputa (Pardo, 2013, p. 101). El modelo también contempla algunas prohibiciones específicas del uso de ciertos medios de prueba (como los testigos de las tachas), cuyo sustento es la aparente falta de parcialidad de la fuente de prueba

¹⁴ La justificación se divide prescriptivamente en justificación interna y externa. La primera consiste en analizar si las premisas del razonamiento usadas por el juez se siguen de un proceso lógico. A su vez, la justificación externa es la demostración de validez (o veracidad) de las premisas, de modo en que estas han sido determinadas.

¹⁵ En contra: “La verdad del enunciado fáctico no es condición necesaria de la justificación jurídica de la decisión judicial. No condiciona la justificación interna de una decisión tal, ni la justificación externa de la premisa fáctica o de la premisa normativa, ni es una condición sensatamente enlazable a un tercer sentido de ‘justificación’”. Dei Vecchi, 2023, pp. 107-148.

¹⁶ El sistema de valoración solamente se refiere a la fuerza probatoria de los medios individuales de prueba, mediante la asignación de plena prueba y semiplena prueba (Llanos, 2024, pp. 95 y 96 y Nieva, 2020, p. 129-131).

en particular. Por tanto, el sistema de admisión y valoración es preferentemente legal o tasado con excepción de las pericias (San Martín y Larroucau, 2021, p. 340).

Pero si bien las normas acerca de valoración y fuerza probatoria parten de un criterio escéptico y fuertemente regulado respecto de la decisión judicial, en donde se suma el número de pruebas plenas y semiplenas, sin valorarlas en absoluto mediante la lógica (Nieva, J, 2020, p. 130)¹⁷. Pero la forma como usualmente fijan los hechos los jueces convirtió el sistema en otro completamente discrecional o de creencia no justificada y el proceso de decisión se convirtió en un *salto de fe*. Esto se explica debido a que las razones justificativas establecidas en materia de hechos son normativas o persuasivas, mas no argumentativas.

Es así como en las sentencias civiles los hechos probados se apoyan en fórmulas genéricas que adolecen de justificación¹⁸. En los considerandos pertinentes se citan las fuentes de prueba y luego –sin enlace o respaldo alguno entre el indicio y la conclusión probatoria (Hunter, 2015, p. 247)– se tienen *mágicamente* por probados (o no) los hechos controvertidos sin mayor desarrollo argumental y seleccionando arbitrariamente aquella prueba que les sirve para justificar su decisión (Nieva, 2020 p. 135). En algunos casos se omite explicitar cuál fue el razonamiento usado para arribar a la conclusión fáctica, incluso según obligan normas vinculantes establecidas para aquello, como sucede respecto de la tacha señalada en el Art. 358 n°5 del CPC, la que ha caído en desuetudo (Padilla, 2016, pp. 406-407).

Otro problema consiste en que las propias normas adolecen de contradicciones y situaciones no resueltas. Al respecto, la respuesta legislativa frente a estas lagunas y antinomias consiste en establecer una regla de cierre que se basa finalmente en la persuasión o creencia del juzgador (Art. 428 del CPC). Peor aún, en casos de existir evidencias contradictorias, la decisión del legislador consiste en negar la posibilidad de establecer la ocurrencia del hecho debatido (Art. 384 n°5 del CPC).

Así, la motivación en materia de hechos se entiende como un simple relato de lo aparentemente sucedido (o reconstruido) y una conclusión, sin que existan en su motivación vínculos de justificación (ni siquiera normativos) que correlacionen la hipótesis a probar con la información disponible (Llanos, 2024, p. 104).

2.1.1. Sistema legal y decisión judicial

Es un sistema legal probatorio el parámetro de decisión de los hechos se entiende como un sistema del todo o nada, mas no como un ejercicio probabilístico, “ya que se

¹⁷ “Así, se reduce la función del juez a la de un contador” (Engelmann, Arthur, 1927, *A history of continental procedure*, pp. 41-43, citado por Morgan, Edmund M., 1948, cita n. 4).

¹⁸ Los hechos son explicitados mediante un relato, en el que predomina el uso de frases o expresiones barrocas y anodinas y que no son otra cosa que “el producto elegantemente articulado de la subjetividad de sus emisores” (Coloma, 2011, p. 77).

opera con una verdad formal, derivada de la aplicación de las reglas apriorísticas e inquestionables que el legislador había establecido” (Fuentes, 2020, p. 59). Es un método disociado de la realidad empírica, determinada por la imposibilidad absoluta y científica de tener un hecho absolutamente corroborado (aunque sí constituido). Es por lo que, en las ciencias, los hechos establecidos son una reconstrucción aproximada y parcial de la realidad y, por tal, es imposible obtener un convencimiento absoluto acerca de lo acaecido, sino, una verdad probable (Taruffo, 2005, p. 190-191).

Por tal motivo, más que una distinción entre tipos de verdades (material y formal/procesal) estimo más apropiado hablar de aproximaciones racionales de corroboración de hipótesis que sean capaces de acercarse a la verdad. Así, el deber del juez es lograr el grado más alto de certeza al reconstruir (no constituir) los hechos, dentro del contexto de lo debatido en un proceso civil.

Otra particularidad de nuestro sistema tasado es que la fuerza probatoria de las pericias se valora según la sana crítica. Esto se presta para confusión, ya que, en caso de existir evidencia pericial, el juez debe usar dos sistemas de asignación de valor probatorio respecto de las mismas pruebas que sustentan las hipótesis dialécticas. Esta dualidad dificulta sostener decisiones racionales acerca del resultado de la prueba, en especial si se aplica una aproximación holista (y no atomista) respecto de la fuerza probatoria de los medios allegados al proceso¹⁹.

La mezcla de sistemas de valoración (legal y sana crítica) que debe asimilar el juez puede devenir en eventuales resultados contradictorios. Por ejemplo, un informe pericial allegado al proceso sustenta la tesis del demandado, pero si él no asistió al primer ni segundo llamado a absolver posiciones, se hace efectivo el apercibimiento del art. 394 del CPC y se le tiene por confeso, norma que favorece al demandante y que deviene en un injustificado subsidio epistémico normativo –entendido como un mecanismo de facilitación probatoria–²⁰. Si a esa prueba confesional se suma una escritura pública acompañada al pleito y cuyo valor probatorio se decanta en favor de la hipótesis del actor, se origina una contradicción en la fuerza probatoria de las diversas probanzas en la que finalmente se zanjará mediante la persuasión inmotivada (o normativa) según dispone el Art. 428 del CPC²¹.

¹⁹ La aproximación holista al razonamiento probatorio es una concepción descriptiva de los procesos psicológicos de decisión acerca de las pruebas y, en particular, acerca de la formación del veredicto de los jurados en juicios penales, formulada sobre la base de teorías generales de psicología cognitiva y de investigaciones empíricas en el terreno específico de los procesos judiciales (Pardo, 2013, p. 105 y Ho, 2021).

²⁰ Para Hunter, ambos términos no son sinónimos: “Un subsidio epistémico no es lo mismo que aquellos casos de mecanismos de facilitación probatoria expresamente señalados por el legislador y que dependen de razones de política sustantiva las presunciones legales; la factibilidad heurística de la norma jurídica; las denominadas verdades interinas y la modificación de la carga de la prueba” (Hunter, 2015, p. 223).

²¹ Al respecto, sentencia C.S. ROL 124397-2020 (11.04.2022) C. 10.

En conclusión, el momento de la decisión en un sistema que adolece de un baremo o estándar analiza el conjunto de la prueba bajo un prisma de prejuicios y que favorece la prevalencia de consideraciones de plausibilidad narrativa del relato respecto de la atención a las pruebas específicas del caso. Esto es así, ya que las razones de fuerza probatoria individual son normativas o persuasivas y, por tal, no obligan al juez a considerarlas, ya que tampoco son leyes reguladoras de la prueba. Se trata de un modelo holista de motivación, el que no es satisfactorio, “pues no evita e incluso, por el contrario, potencia, algunos riesgos de error en la valoración de las pruebas y no favorece el control de la conexión racional entre las mismas” (Accatino, 2015, p. 6).

Por tanto, en la decisión, al no existir un umbral de suficiencia probatoria, se permite un margen de enorme subjetividad en el juez. Una respuesta a esto son los estándares de prueba, los que contribuyen a la toma de decisiones en todos aquellos casos que se sitúan en la zona de penumbra de la hipótesis (o conjetura) y tienen la pretensión de que operan como reglas determinativas o definitorias (Coloma, 2016, pp. 33-34). Mediante ellos se establece un umbral que determina el grado de prueba mínimo para “tener por probado que p” o, lo que es lo mismo, para que el juzgador tome la decisión en uno u otro sentido (Vázquez, 2013, p. 14).

3. ESTADÍSTICA Y PROBABILIDAD APLICADA AL MOMENTO DE LA VALORACIÓN Y DECISIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

Como se advirtió en el capítulo anterior, el resultado de la valoración probatoria individual y colectivo en el proceso civil es un método de blanco o negro (hecho probado/no probado), sin escalas de grises, concepción binaria y no probabilística que se aleja de la propuesta acerca de aproximaciones racionales de corroboración de hipótesis que sean capaces de acercarse a la verdad.

En ciencias empíricas la naturaleza aleatoria de un experimento impide predecir de antemano el resultado obtenido al llevarlo a cabo. Se quiere saber si determinado un suceso A el resultado ω del experimento está en A o no, pero esto no es posible, ya que no se puede predecir en cada realización del experimento si el resultado va a estar o no en cada suceso. En probabilidad la pregunta es la siguiente: ¿qué posibilidad existe que tenga lugar cada uno de los sucesos? “La respuesta exige un tercer elemento que proporcione esa información, una función de conjunto P, es decir, una función definida sobre la σ -álgebra de conjuntos de sucesos, que a cada uno de ellos le asocie un valor numérico que exprese la mayor o menor probabilidad o posibilidad o certidumbre de producirse cuando se realiza el experimento. Esta función de conjunto se conoce como medida de probabilidad” (Ayala y Montes, 2020, p. 6).

En lo que nos atañe, en el proceso evidencial en general se distingue entre probabilidad objetiva y subjetiva. A su vez, dentro de la objetiva encontramos aquella aplicada a sucesos y otra aplicada a proposiciones. La primera mide la frecuencia con la que un

evento se produce en una sucesión específica de acontecimientos tendencialmente infinita. Se trata de una probabilidad frecuentista o estadística –absolutamente objetivable–. En cambio, la probabilidad aplicada a proposiciones mide de forma general nuestro grado de conocimiento del mundo. “Cuando la población es desconocida y solo se dispone de una muestra de esa población, la probabilidad se usa para hacer enunciados acerca de la composición de la población, es decir, hacer inferencias estadísticas” (Mendenhall, Beaver y Beaver, 2015, p. 147). Es una noción epistemológica de la probabilidad que gradúa las posibilidades de que una determinada proposición sea verdadera. “Se entiende como la relación de confirmación inductiva en una relación lógica. La diferencia entre la lógica deductiva e inductiva, según Carnap, es solo que la confirmación inductiva es una implicación lógica parcial y, por tanto, gradual” (Ferrer, 2007, pp. 94-95).

Por regla general, la probabilidad frecuentista no es la más adecuada para sostener decisiones jurídicas, ya que nada dice acerca de los hechos individuales. Se limita a informar acerca de frecuencias relativas en las que se dan un tipo de eventos en una sucesión concreta (Ferrer, 2007, p. 98 y Ho, 2021). Esto se debe a que, para determinar frecuencias, los experimentos se pueden llevar a cabo una y otra vez y a menudo son ajustados durante su práctica con el fin de descubrir una posible explicación (lógica deductiva). En el derecho la situación es exactamente la opuesta. La regularidad consiste en tener datos primarios inconsistentes y su reproducibilidad es generalmente imposible (lógica inductiva) (Allen, 2013, p. 52).

Por esta razón a comienzos del siglo XX la ciencia abandonó cualquier atisbo de empirismo irrefutable y se estableció el método de la inducción a base de probabilidades. El conocimiento y la verdad se convirtió en una cuestión de grados, de probabilidades, que jamás tendrá la precisión de la aritmética, pero que nos acerca bastante a ella. La probabilidad lógica busca racionalizar la incertidumbre correspondiente a la hipótesis respecto de un hecho, reconduciendo su grado de fundamentación al ámbito de los elementos de confirmación o de prueba disponibles con relación a esa hipótesis (Sánchez Rubio, 2018, p. 195). Se trata de un avance racional que aún no permea en la valoración y decisión de la prueba en el proceso civil.

“Gracias al giro epistémico de la prueba hoy nadie discute que el juez debe explicitar en la motivación del fallo su razonamiento sobre la *quaestio facti*, justificando el enunciado ‘está probado que P’, como una condición necesaria para resolver la *quaestio iuris*” (Larroucau, 2017, p. 161). “Nadie discute seriamente que el razonamiento probatorio es de naturaleza inductiva, que eso implica que mediante él no se puede alcanzar la certeza absoluta acerca de la verdad de una hipótesis y que, por consiguiente, el resultado que se alcanza tras el proceso de valoración de la prueba solo se puede expresar en términos de probabilidad” (Bayón, 2010, p. 17).

En la prueba de los hechos, la probabilidad subjetiva es una noción de probabilidad que mide la fuerza de la creencia racional en una hipótesis debido a cierto elemento de

juicio²². Comparte con la estadística la aplicación de un método de cálculo que permite determinar el grado de probabilidad de una hipótesis en una escala que va de cero a uno y que admite graduaciones, es decir, no binaria (Ferrer, 2007, pp. 95-108).

La cantidad o grado de certeza que se asigna para el propósito de representar un estado de conocimiento o de creencia se denomina estándar. “La cuestión de la suficiencia de las pruebas no está sujeta solo a criterios epistémicos, sino también a criterios jurídicos establecidos por medio de los estándares de prueba, que pueden fijar umbrales de mayor o menor exigencia sobre la base de consideraciones relativas a la distribución justa del riesgo de error entre las partes en las distintas clases de procesos” (Accatino, 2015, p. 9).

De lo anterior se concluye que el proceso de averiguación judicial acerca de lo verosímil o no de un hecho no se disocia –*grosso modo*– de aquellas labores relacionadas con la teoría del conocimiento y que se analizan desde la epistemología. Lo anterior se conecta con lo dicho en la introducción de este trabajo, respecto del movimiento racionalista de la prueba –que en el mundo anglosajón se abordó precisamente utilizando herramientas conceptuales que provienen del análisis de las ciencias–. Esta concepción permeó las fronteras del derecho continental y actualmente se ha desarrollado profusamente en Hispanoamérica (Páez, 2015, p. 240). La teoría racional de la prueba que se caracteriza por un compromiso decidido por “Buscar averiguar la verdad en un proceso judicial y esto es posible si se ajusta a los métodos adecuados para cualquier indagación empírica: estrategias y recursos propios de las ciencias factuales. Además, es justo y necesario averiguar la verdad de los hechos porque sin verdad no puede haber justicia” (Benfeld, 2021, p. 132).

Se busca comprobar el fundamento del conocimiento, es decir, averiguar o aproximarse a cierta verdad/realidad mediante un cuerpo bien organizado de conocimientos sustantivos y de enfoques metodológicos (Allen, 2013, p. 52).

Al respecto, las diferencias estriban en dos aspectos: “a) En el derecho –a diferencia de la ciencia– hay limitaciones temporales respecto del tipo y de la cantidad de los medios de prueba admisibles en un proceso judicial, y b) En el derecho la cuestión de la prueba debe siempre resolverse mediante un acto revestido de autoridad (aunque poner punto final a la discusión de la verdad no hace verdadero el enunciado)” (Alchourrón, y Bulygin, 1991, p. 343).

El objetivo del juez no es descubrir leyes causales generales, aunque las leyes causales generales puedan ser, y a menudo son, invocadas como prueba de que un evento ha sucedido (Allen, 2013, p. 51). La investigación es relevante para el derecho, ya que no busca meras decisiones, sino decisiones justas y que sean “céleres, definitivas y vinculantes” (Haack, 2020, p. 143).

²² Un ejemplo de probabilidad subjetiva se da en el Art. 925 del CC a propósito de la prueba de la posesión, “que exige probar actos específicos que el legislador entiende se prolongan en el tiempo. Es decir, se prueba algún momento o instante y que se presume (o ficción) que se reitera en el tiempo” (Hunter, Iván, 2015, p. 215).

3.1. *Probabilidad, estadística y umbrales probatorios*

Como ya se señaló, la relación entre la prueba y el juez se fracciona prescriptivamente en distintos estadios: producción, incorporación, valoración de la prueba y, por último, el de la decisión judicial. Esto se entiende como la aplicación de la distinción entre contexto de descubrimiento –netamente cognoscitivo– y contexto de justificación entendido como un producto lingüístico (Accatino, 2002, p. 20 y Coloma, Larroucaou y Páez, 2024, p. 11). Es así entonces que en una etapa distinta y posterior al de la valoración de la evidencia –asociada al grado de convicción o fuerza probatoria– se encuentra el juicio de suficiencia de la prueba (contexto de justificación) que se incardina con el estándar de prueba (Meneses, 2008, p. 85 y Coloma, 2017, p. 89).

El estándar busca disminuir el riesgo procesal de cometer errores en la decisión judicial, como consecuencia de la falibilidad de los procedimientos usados para averiguar la verdad (Bayón, 2010, p. 11). Básicamente el error ocurre cuando se dan por acreditados hechos que no ocurrieron (falsos positivos) o cuando no se tienen por acreditados hechos cuando en realidad acaecieron (falsos negativos). Otorga directrices racionales acerca de cómo debe distribuirse el potencial error en que puede incurrir el juez al dar por probada la historia favorable a las pretensiones del demandante o del acusador (Coloma, 2009, p. 211), es decir, a la decisión reconstructiva de hechos pasados. Su rol procesal consiste en ser un umbral de suficiencia, el que una vez alcanzado, permite al juez concluir la ocurrencia de un determinado hecho o, por el contrario, si no es logrado, entonces no es posible sostener en las conclusiones del juez que un hecho ha ocurrido (Fuentes, 2011a, p. 176). “Un estándar probatorio supone establecer un umbral de prueba, es decir, una exigencia probatoria mínima, cuyo cumplimiento debe ser fiscalizado por el juez, y en el evento de que este no sea alcanzado, este último no está autorizado a dar por probado hecho alguno” (Fuentes, 2011b, p. 545).

En definitiva, el estándar pretende evitar la producción de decisiones judiciales carentes de razón, basadas en deseos personales o corazonadas (creencia no justificada) y así evitar el decisionismo judicial. Todo justiciable “tiene una legítima expectativa de conocer las razones que justifican cualquier decisión que se tome respecto de un asunto en el cual sus derechos se ven involucrados” (Fuentes, 2011a, p. 181).

Dependiendo de la exigencia del umbral con la que permita tener por acreditados los hechos, los estándares se dividen en más o menos severos. Esto incide en que las precauciones que se adopten para efectos de dar por correcto un insumo probatorio serán mucho mayores que las que resultan aplicables en procesos en los cuales el estándar de prueba sea más bajo (Coloma, Pino, y Montecinos, 2009, p. 309).

La elección de uno u otro estándar es, entonces, una decisión acerca del lugar dónde se localizarán las específicas probabilidades de riesgo de error en relación con el costo social que acarrea tomar una decisión al respecto. La suficiencia probatoria es un reflejo del riesgo de distribución del error que es tolerable para los justiciables (Letelier, 2018, p. 215). Por ello un estándar debe ser consecuencia de una política pública que exceda

criterios meramente jurídicos, como son razones políticas, sociales e institucionales, ya que minimizar el riesgo de error conlleva costos y no es razonable postular que el derecho debe buscar la reducción del error literalmente a cualquier costo (Bayón, 2010, p. 12. y Vázquez, 2013 p. 14). Dejar en manos de cada decisor el juicio de suficiencia probatoria generaría incerteza y desigualdades, y por ello la solución estaría en remitir esa decisión moral sobre la asimetría al órgano democrático por antonomasia, es decir, al Parlamento (Dei Vecchi, 2020, p. 35).

Un estándar se puede formular respecto de un hecho probado por parte del juez en relación con una actitud proposicional de creencia o de aceptación, es decir, “se le acepte como el resultado de un procedimiento de validación, independientemente que se crea en él (lo que antes era una conjetura pasa a ser un enunciado aceptado)”. Por ejemplo, el umbral de la duda razonable se aproxima a la concepción de hechos probados como dependientes de la producción de una determinada creencia, en desmedro del proceso de validación asociado a la aceptación. “También es posible que simultáneamente concurren ambas aproximaciones. Aquello ocurre si para dar superado el estándar de la duda razonable, se requiere la producción de un estado de creencias (no basta la aceptación) y, en cambio, para entender que no ha sido superado basta con aceptar una duda razonable procedimentalmente validada, incluso si el juzgador persevera en su creencia de la culpabilidad” (Coloma, 2016, p. 42-43).

3.2. *Estándares probatorios en sede civil*

Como ya se esbozó, el actual sistema procesal civil se encuentra en deuda respecto de la valoración y decisión de la prueba, tópico develado en una vetusta concepción persuasiva o actitud proposicional de creencia no justificada y en la carencia de un umbral definido de suficiencia y fuerza probatoria. “Lo más cercano a un estándar de prueba que utilizan los jueces civiles es su *convicción* en torno a la verdad de los hechos en que se basa la sentencia” (San Martín y Larroucaou, 2021, p. 344).

En teoría, en los sistemas de prueba tasada, es la ley la que determina qué elementos poseen relevancia justificativa y con qué grado respecto del enunciado fáctico de que se trate (Dei Vecchi, 2020, p. 27), como es el caso de la plena prueba y semiplena prueba. Luego, si la ley nada dice respecto del estándar a aplicar, el juez puede usar dos estrategias: a) Transcribir las palabras sobre valor probatorio asignadas en la ley, pero sin justificar realmente su decisión y b) Aventurarse a explicitar en su fallo consideraciones destinadas a fijar un umbral probatorio particular (Fuentes, 2020, pp. 51-56). Respecto de la opción b), existen dos alternativas²³:

²³ Para la elaboración de este acápite fueron de extrema utilidad las publicaciones de Larroucau (2012 y 2015), Fuentes (2011 y 2020) y Letelier (2018).

a) Preponderancia de la prueba (o de la evidencia)

Este estándar (también denominado probabilidad prevaleciente o preponderante) corresponde al que en derecho comparado se aplica a procesos civiles, ya que garantiza una distribución igualitaria o simétrica de los riesgos de errores entre actor y demandado porque reduce al máximo la cantidad de falsos positivos y falsos negativos alcanzando en conjunto sus valores mínimos, buscando maximizar la corrección. En este estándar se tendrá por probada aquella proposición fáctica que resulte relativamente más corroborada por las pruebas disponibles, o que resulte más corroborada que aquellas proposiciones incompatibles con ella que se hayan planteado en el proceso o, en todo caso, más corroborada que su negación (Letelier, 2018, p. 219 y Pardo, 2013, p. 103).

No existe un umbral menos exigente que este, ya que aquello implicaría tener por probada una hipótesis menos corroborada o menos probablemente verdadera que otras hipótesis sostenidas en el proceso, lo que es incompatible con la exigencia de valoración racional de la prueba (Accatino, 2011, p. 486). Se trata de un porcentaje mínimo entendido en 51% (o 50,01%) de probabilidad que haya ocurrido el hecho que se pretende probar (Ho, 2021, Fuentes, 2011a, p. 188 y Duce y Riego, 2007, p. 497 nota 26).

La eficiencia de este estándar funciona cuando falsos positivos y falsos negativos son valorados como igualmente dañinos y no, en cambio, cuando uno de ellos es peor o con un desvalor mayor que el otro, como se da en los juicios penales (Letelier, 2018, p. 220). Es una situación distinta a la de los litigios civiles entre particulares, en donde beneficiar a una parte como consecuencia de un error en desmedro de la otra, es igualmente dañino para ambos litigantes, con independencia de su posición procesal (Fuentes, 2020 p. 63). Sin embargo, no podemos desconocer que, como se enunció, los problemas de fuerza probatoria y convicción se manifiestan también en pleitos asimétricos en donde litiga un particular contra el Estado, como es el caso de los juicios en los que se acciona por falta de servicio, según lo dispone el artículo 38 de la Ley N° 19.966.

Un crítica de este estándar se relaciona con la falta de claridad en la formulación de “más probable que no” y que se entiende como un mensaje dirigido al juez acerca si él debe parangonar o no las hipótesis para llegar a esta posible conclusión o, en cambio, comparar cada hipótesis respecto de su negación²⁴. El problema es que el estándar adolece indicar cuál es el parámetro de cotejo, es decir, no queda claro con qué debe compararse la hipótesis para efectos de determinar la existencia o no de esta preponderancia o mayor probabilidad (Fuentes, 2011 a, p. 196). Esto implica un doble escenario: Si existen dos hipótesis en concurso, se debe parangonar la suficiencia probatoria con relación a ambas.

²⁴ En una encuesta efectuada a jueces, la mayor concentración de respuestas (23,6%) vincula el contenido del estándar de prueba a la idea de definir una preferencia por una hipótesis que “sea la más probablemente verdadera”, a “la convicción del tribunal” o a la “comparativamente más fuerte” (Valenzuela, 2024, p. 242).

Si existe una sola, se debe cotejar respecto de su negación. Estimo que esta propuesta responde a la crítica formulada, pero implica el riesgo de aceptar decisiones bajo el 51%²⁵.

b) Evidencia clara y convincente

Según este estándar, el juez está autorizado a dar por probado un hecho cuando de la evidencia disponible se desprenda que es mucho más probable o altamente probable que haya ocurrido a que no haya ocurrido el hecho. Se diferencia de la preponderancia de la evidencia que solo exige que sea más probable que haya ocurrido a que no haya ocurrido un hecho. Se deberá determinar si la explicación que sustenta la tesis de la parte a quien corresponde la carga de la prueba es más plausible en el grado suficiente que la explicación alternativa de la parte contraria, en caso de existir (Accatino, 2015, p. 9).

Aquí se evoca un mayor umbral de exigencia probatoria destinado a ser aplicado en materias en donde el riesgo de una decisión errónea puede tener consecuencias graves (Fuentes, 2011a, p. 192). Se aplica a ciertas materias que, por su naturaleza e interés, aconsejan un control ecléctico en la distribución del error, es decir, superior al de la prueba prevalente e inferior al verificado en la duda razonable. Se trataría por lo mismo de un estándar intermedio y por tal es definido a nivel porcentual como de 75%.

3.3. *Problemas de aplicación de la probabilidad al proceso civil*

La aplicación de un umbral de suficiencia se desarrolló primordialmente en la cultura jurídica anglosajona respecto de los juicios penales y buscó consensuar varias prácticas judiciales, pautas dirigidas a los *factfinders* (jueces o jurados) y que se cristalizaron en algunas normas presentes en las leyes federales acerca de evidencia en Estados Unidos (Nieva, 2020, p. 131). Este método supuso un avance objetivo en la motivación al otorgar un baremo de suficiencia de la prueba, tanto respecto de un medio de prueba en particular como de la totalidad de la evidencia.

A pesar de aquello, existen críticas respecto del uso de los estándares principalmente de aquellos que se fundan en la probabilidad objetiva aplicada a sucesos y proposiciones, analizadas según una concepción matemática –o probabilística– y no epistémica ni jurídica (Sánchez, 2018, pp. 202-210). Este formato no considera el aspecto psicológico que admite cierta deferencia a las creencias y el razonamiento de los jueces que otorga

²⁵ “El demandado que simplemente niega los hechos que han sido sostenidos por el actor, no necesita presentar prueba alguna en apoyo de esta. Pero, si el demandante acredita los presupuestos fácticos en que funda su pretensión, la situación anterior se invierte. Así, el demandante deberá probar los hechos constitutivos, que son aquellos que producen el nacimiento de un derecho o de una situación jurídica que antes no existía y que son el fundamento de su demanda, encontrándose el demandado, por su parte, en la necesidad de probar los hechos extintivos, impeditivos o modificativos capaces de justificar el rechazo de la demanda del actor”. Corte Suprema, Rol Nº 5127-2011, de 31.01.2012, citada por Larroucau (2021, p. 128).

la probabilidad subjetiva y, por tanto, inhibe saber si la prueba es suficiente o no para justificar alguna de las hipótesis en conflicto (Pardo, 2023, p. 438-447). “Los problemas inherentes a las metodologías utilizadas o a las precariedades de la cultura jurídica para aplicar el cálculo probabilístico han redundado en que el uso de números no pase de ser una metáfora, salvo, tal vez, unos pocos casos que efectivamente han resultado provechosos” (Coloma, 2016, p. 47).

a) El problema de la indeterminación de las clases de referencia

Los conceptos clasificatorios usados en ciencias deben reunir ciertos requisitos formales de adecuación: (1) no deben ser vacíos (deben incluir al menos un individuo perteneciente al ámbito o dominio que se toma como referencia); (2) deben ser excluyentes (ningún individuo debe caer bajo más de dos conceptos clasificatorios distintos) y (3) deben ser exhaustivos (todo elemento del dominio debe caer bajo uno u otro concepto). Sin embargo, los conceptos clasificatorios usados en las ciencias sociales incumplen con frecuencia las condiciones (1) o (2) (González Lagier, 2007, p. 5).

Respecto de las clases de referencia (CdR) referidas en el N. 2, a veces es complejo cuantificar el valor probatorio de cada medio de prueba individual dentro de una clase. Es decir, qué porcentaje de fuerza probatoria (o cuán fuerte es su tendencia para confirmar un hecho) debe tener una evidencia individual en relación con evidencias similares. Esto se denomina *ratio* de probabilidad y su uso para cuantificar el valor probatorio implica generalmente ubicar a la prueba dentro de una clase particular (Pardo, 2013, pp. 106 y 109)²⁶.

Por ejemplo, en un pleito referido a negligencia médica en donde el paciente acciona de responsabilidad en contra del Hospital A por una supuesta mala praxis durante una cirugía que le causó daño. En este tipo de juicios un insumo que posee una gran carga persuasiva es la ficha clínica (FC) del paciente (regulada en el Art. 12 de la Ley N° 20.584). Respecto de esa fuente de prueba, si bien se le puede asignar un fuerte grado de fuerza probatoria, este dependerá a su vez de varios supuesto adicionales, información que a veces no está disponible, tales como el conocimiento previo del juez acerca de casos análogos y el registro responsable y honesto de antecedentes relativos a la salud del paciente por el personal clínico (Pardo, 2023, p. 444). En este ejemplo, los datos de la FC corroboran la hipótesis del demandado y evidencian que la cirugía se ajustó a la *lex artis*.

Sin embargo, el hecho que, en la generalidad de los casos, la fuerza probatoria (tanto racional como normativamente si se homologa a un instrumento público) de la FC sea alta, no implica que, en particular, el documento contenga aspectos disociados

²⁶ Un ejemplo común de esta situación es el problema relativo a los inmuebles referenciales usados en las pericias incorporadas en juicios de reclamo acerca del monto de expropiación. Por ejemplo, sentencias roles 1186-2018 y 2157-2023, ambas del primer juzgado civil de Talcahuano.

de la verdad y generan problemas respecto de las CdR (Pardo, 2013, p. 110). Así, se entiende que la clase adecuada es aquella que incluye todas las características formales que son relevantes para predecir el evento en cuestión²⁷.

Lamentablemente, no siempre hay datos disponibles para esta CdR. A menudo sucede que los datos disponibles pertenecen a una CdR que incluye algunas, pero no todas las características de la adecuada solución (Dahlman, 2024, p. 55). “El problema es que si queremos salir a medir o a contar debemos tener claridad acerca de qué es lo que vamos a medir o a contar” (Coloma, Larroucaou y Páez, 2024, p. 13). Por este motivo no podemos tomar los datos de una CdR como estándar normativo con el que se pueda cuantificar y juzgar el valor probatorio, ni como una explicación teórica del contenido del concepto (Pardo, 2013 p. 110).

En nuestro caso este problema se ejemplifica de la siguiente manera: la fuerza probatoria de la FC puede ser alta respecto de alguna de las siguientes clases:

- i. Todas las FC contienen datos correctos;
- ii. Las FC del Hospital A contienen siempre datos correctos, o
- iii. Las FC que datan del periodo de pandemia Covid (años 2020-2021) del Hospital A tienen 85% de datos correctos.

Otro problema de la determinación de las CdR es que las descripciones de situaciones se expresan típicamente en cierto lenguaje. Se discute si las distinciones conceptuales con las que ordenamos el mundo son totalmente convencionales o están de alguna manera determinadas por la realidad (González, 2007, pp. 6-8). “La elección del lenguaje no es significativa únicamente por el potencial retórico más o menos obvio de términos cargados de valor o emotividad” (Anderson, Schum y Twining, 2015, pp. 284-285).

En consecuencia, si no existe determinación normativa o pacífica respecto de la CdR, es complejo utilizar un umbral de suficiencia que implique certeza jurídica en la decisión jurisdiccional acerca de supuestos de probabilidad objetiva aplicada a proposiciones. ¿Cuál es la CdR respecto de la *preponderancia* de la prueba: una hipótesis controvertida o su negación? Desafortunadamente, los estándares de decisión probabilísticos ofrecen poca orientación acerca de cómo proceder. “En un caso donde se aplica el estándar de la preponderancia y se debe valorar la declaración de varios testigos, según si la probabilidad de un enunciado fáctico supera el 0,5. ¿Cómo se consigue esto? ¿Cerrar los ojos y pensar en un número? Supongamos que se llega a la conclusión de que la probabilidad resultante es 0,6. [Pero luego, consulta con otro juez] y él señala que es 0,2. ¿Son ambas propuestas razonables? ¿Lo es 0,99? ¿Y 0,01? ¿Cómo lo podemos saber?” (Pardo, 2013, p. 111).

²⁷ Al respecto, el caso de Sally Clark es un ejemplo de problemas probatorios respecto de probabilidad y clases de referencia utilizadas como evidencia en un proceso penal (Sánchez, 2028, p. 105-106).

b) El problema de la paradoja de la conjunción

Entender los estándares de prueba en términos de probabilidades matemáticas es también controvertido debido a que plantea un cúmulo de paradojas, incompatibles con la pretensión de poner punto final a una discusión mediante la decisión judicial.

En el mismo ejemplo anterior, según dispone el Art. 1698 del CC, se debe acreditar básicamente que el personal del Hospital A no observó la diligencia esperada durante la cirugía (I) y como consecuencia de aquello, se causó un daño (II). De la prueba allegada al proceso se establece que la veracidad del hecho I tiene una probabilidad de 0,6 y la del hecho III, una probabilidad de 0,7. “En una interpretación matemática del estándar de prueba civil, el demandante debería tener éxito en su pretensión, ya que la probabilidad respecto de cada uno de los elementos supera el 0,5. Sin embargo, según la regla de multiplicación del cálculo de probabilidad convencional, la probabilidad de que I y II sean verdaderos es el producto de sus respectivas probabilidades; en este ejemplo, es solo 0,42 ($0,6 \times 0,7 = 0,42$)” (Ho, 2021 y Vargas, 2013, pp. 113-115). Por tanto, la probabilidad general es favorable al demandado y, sin embargo, el veredicto generalmente favorecerá al demandante.

Este problema se debe a que los estándares se interpretan de manera probabilística. “La evidencia es suficiente para satisfacer un estándar de prueba solo si es capaz de justificar la creencia completa o absoluta en los hechos materiales que constituyen la responsabilidad legal” (Ho, 2021). La mera evidencia probabilística, como en el ejemplo, no puede justificar tal creencia, sobre todo, si no está justificada o motivada, lo que en este caso equivale a señalar cuáles fueron las CdR usadas, sobre todo si este modelo devela sesgos tales como el conservadurismo, la subaditividad y la complementariedad binaria (Costello y Watts, 2017, p. 320). Incluso, aunque esté determinada normativamente la CdR, será difícil arribar a un estadio de aceptación.

Por tanto, según esta paradoja, no existe forma de determinar de manera satisfactoria una definición de probabilidad objetiva que se adecue al contexto de fuerza probatoria de la evidencia. El único candidato plausible es el significado subjetivo, según este, la probabilidad se interpreta como la fuerza de la creencia o convicción (Ho, 2021).

Una propuesta para resolver esta paradoja es construir umbral de prueba como una relación de probabilidad relativa. El juez debe comparar la probabilidad contenida en la prueba presentada por el demandante y que apoye su teoría del caso en relación con la probabilidad de la evidencia según la hipótesis del demandado. Luego, deberá decantarse en favor de la probabilidad más alta (Ho 2021). Sin embargo, esta propuesta no señala el margen existente entre ambas hipótesis y no proporciona una base para ignorar el margen por el que una probabilidad supera a la otra, el que incluso puede ser más bajo que el de la preponderancia de la prueba.

Esto implica ingresar a una zona gris entre el estado de creencia no justificada y un estado de disposición favorable hacia una creencia (Coloma, 2016, p. 42). Significa aceptar el predominio de un enfoque interno o subjetivo distante de la aceptación y de

la creencia justificada. Un hecho está probado si es “más probable que esos hechos sean verdaderos a que no lo sean, entendido como la convicción, creencia o convencimiento que lo afirmado por las partes verdaderamente ocurrió (Larroucau, 2012, p. 798) y no de relaciones objetivas entre la evidencia y los hechos en disputa (Pardo, 2023, p. 447).

c) El problema de la evidencia basada en probabilidad objetiva

Incluso si se incorpora evidencia estadística en un proceso civil (por ejemplo, informe pericial que acredite que las fichas clínicas que datan del periodo de pandemia de Covid del Hospital A tienen 85% de datos correctos), la explicación de un estándar probatorio basado en datos obtenidos de evidencias dotadas de probabilidad objetiva de suficiencia tampoco es satisfactorio.

Primero, no es la única prueba disponible y, por tal, se debe valorar en relación con otras pruebas no estadísticas y tarifadas como, por ejemplo, una escritura pública (Sánchez, 2019, pp. 208-209). Así, este tipo de evidencia puede entrar en conflicto con razones normativas que impiden su uso (Rovatti, 2024, pp. 481-382). La fuerza probatoria de la pericia que represente evidencia estadística no puede subsidiar por sí sola la falta de evidencia respecto de los hechos desconocidos o no acreditados (Pardo 2023, pp. 445-456). “Las cuestiones prácticas relacionadas con la introducción de pruebas o técnicas estadísticas en el proceso judicial dependen de si estas contribuirán o no a la corrección de la determinación de los hechos” (Pardo, 2013, p. 106)²⁸. Los hechos en disputa no versan acerca del cálculo probabilístico respecto de la frecuencia objetiva acerca de la veracidad de la información contenida en las FC, y por tal, la pericia deviene en evidencia inocua, o a lo mucho, meramente indiciaria para su uso en el momento de la decisión (estado de disposición favorable hacia una creencia)²⁹.

Además, la evidencia estadística elimina el aspecto psicológico de valoración permitidos (creencia justificada y de aceptación). Según esta explicación, la fuerza probatoria y su capacidad de superar cierto estándar de prueba es únicamente una característica de la relación probabilística entre la evidencia y el hecho en disputa³⁰.

²⁸ Por ejemplo, este tipo de insumos sirve en casos como el de Art. 246 con relación al Art. 227 del Decreto 327 de 1997 que fija reglamento de la ley general de servicios eléctricos. La norma se refiere al parámetro de interrupciones de suministro en instalaciones de servicio público de distribución a efectos de cuantificar multas.

²⁹ En sentencia CS del 18.05.2012 ROL: 11996-2011 (recurso de protección) se analizó respecto de la objetividad probabilística de un predictor de riesgo financiero en relación con el Art. 9º inciso 3º de la Ley Nº 19.628 acerca de protección a la vida privada. Sin embargo, no se acompañó evidencia estadística por las partes.

³⁰ Por tanto, la única conclusión razonable es la probabilidad objetiva misma, dependiendo de si supera el umbral del estándar de prueba aplicable. “Por muy atractiva que pueda ser esta tesis en teoría, es una fantasía y no una respuesta plausible a la pregunta ¿qué hace que la evidencia sea suficiente?” (Pardo, 2023, pp. 446-447).

En conclusión, debido a lo complejo que es aplicar un estándar probatorio de manera estadística, su uso en el derecho se concibe bajo la idea de que algo está probado si es más probable que esos hechos sean verdaderos a que no lo sean. Por tal, se modela el valor probatorio de la evidencia basándose en las afirmaciones subjetivas de los juzgadores (creencia no justificada) que ignoran el aspecto epistémico del estándar de prueba. Por tanto, no proporciona ningún criterio para determinar al momento de la decisión si un hecho probado es razonable o no razonable con base en la fuerza probatoria de la evidencia (Pardo, 2023, p. 449).

4. ACERCA DE LA DIFICULTAD DE APLICAR EL ESTÁNDAR DE PREPONDERANCIA DE LA PRUEBA EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL CIVIL

En el capítulo anterior se indicaron los estándares probatorios de mayor uso en el proceso civil y se refirieron tres problemas de aplicación de aquellos. Estos conflictos recién denotados se basan en críticas de autores que provienen de un proceso civil fundado en la libertad probatoria y en el uso del estándar la preponderancia de la prueba. En el presente capítulo se expondrán ejemplos concretos que tornan difícil conciliar el sistema de valoración preferentemente legal o tasado con el estándar de la preponderancia de la prueba en el proceso civil chileno.

4.1. *Las medidas cautelares, juicio sumario y obra nueva*

En los art. 290 y siguientes del CPC están reguladas las medidas precautorias. El Art. 298 prescribe que serán decretadas si el demandante acompaña comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. El Art. 299 agrega que, en casos graves y urgentes, se podrán conceder las medidas precautorias aun cuando falten los comprobantes requeridos. El Art. 279 indica que estas medidas se podrán solicitar incluso como medidas prejudiciales –si existen motivos graves y calificados– y concurriendo otros requisitos formales. Al respecto ¿Qué estándar probatorio es necesario para conceder las cautelares señaladas o cómo se satisface el *fumus boni iuris*?

Si trasladamos esta disyuntiva al proceso penal, la regulación de las medidas cautelares personales parte del principio que solo serán impuestas al imputado cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación (Art. 122 del CPP) y deben ser decretadas por medio de resolución judicial fundada (Art. 36 del CPP).

Ergo, si se utiliza el estándar probatorio de la duda razonable en las medidas cautelares personales probablemente ningún juez acceda a decretar la prisión preventiva u otra cautelar. En consecuencia, el estándar probatorio no puede ser el mismo al de la sentencia definitiva. Al respecto, se propone un estándar diferente que se relaciona con la teoría de los hechos explicativos, mediante el uso de datos variados y de calidad,

integrados coherentemente con una versión preliminar de los hechos acaecidos en el pasado, permitiendo tenerlos por verdaderos provisionalmente (Valenzuela, 2018 p, 849 y Beltrán, 2012, p. 473). El modelo propuesto, analizado además bajo el prisma de la presunción de inocencia (Art. 4º CPP), es aparentemente compatible con la preponderancia de la prueba.

En el proceso civil el estándar aplicado a las medidas cautelares tampoco puede ser el mismo que el usado en la decisión definitiva y, por tanto, se corre el riesgo que el juez asuma una actitud proposicional de disposición favorable hacia una creencia, sin mayor respaldo de la evidencia. Lo mismo ocurre respecto de lo dispuesto en el Art. 684 del CPC en el juicio sumario. El estándar bajo el que se analiza el fundamento plausible para acceder provisionalmente a lo pedido en la demanda no puede ser el mismo que el de la sentencia definitiva. De igual manera, los artículos 564 y 569 del CPC en relación con la facultad del juez de decretar provisionalmente una obra nueva³¹ y en el procedimiento monitorio para cobro de rentas de arrendamiento (Ley Nº 18.101)³². Frente a este dilema, se proponen alternativas:

- i. Subir un peldaño el umbral epistémico en la sentencia definitiva hacia un escalón que contemple una distribución asimétrica del error en perjuicio del actor (o de quien soporte la carga de la prueba),
- ii. No recurrir a un estándar probatorio y usar una teoría epistémica alternativa³³,
- iii. Usar un estándar mínimo de convicción como el de *prima facie* o *probable cause* para las medidas precautorias (Nieva, 2020, p. 132-133), y
- iv. No motivar³⁴ (actitud proposicional de disposición favorable hacia una creencia o creencia no justificada)

³¹ Por ejemplo: Sentencia ICA Valparaíso de 30.04.2019, Rol: 191-2019.

³² Art.18-C.- Si el juez estima que la demanda monitoria cumple con todos los requisitos legales y, en especial, los contemplados en los números 1 y 2 del artículo 18-A, acogerá la demanda y ordenará que se requiera de pago al deudor para que, en el plazo de diez días corridos, cumpla con su obligación, más los intereses y costas.

³³ Al respecto: Pardo, 2013, p. 101-104; Allen, 2013, p. 55-57; Bayón, 2010, pp. 25-27, Larroucau, 2012, p. 804.

³⁴ Por ejemplo, sentencia ICA San Miguel Rol 261-2021 (04.06.2021) que revocó decisión de primera instancia y decretó acceder provisionalmente –a base del art. 684 del CPC– a lo solicitado en la demanda referente a derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas: “Que con el mérito del informe de la DGA emitido el 2 de marzo del presente año y que, agregado con posterioridad a la resolución apelada a estos autos, aparece que la solicitud de la parte demandante tiene fundamento plausible”. En contra, sentencia ICA Temuco Rol: 913-2020 (15.12.2020).

4.2. *Decisiones inicuas*

Como ya se señaló, el modelo de valoración preferentemente legal no posee como condición necesaria aproximarse a la verdad, siendo más relevante el uso de los elementos normativos como respaldo a la conclusión que la motivación racional de los hechos probados. En consecuencia, es absolutamente factible que una decisión judicial se deleve muy distante de la verdad, aunque en su elaboración no se vulnere ninguna regla procesal, en particular, ninguna LRP. “En términos institucionales, [el sistema de la prueba legal] mantiene a la verdad como una meta esencial del proceso sin tener que pagar el costo de asumir estos casos como un fracaso respecto de ese objetivo, o de tener que explicarlos como un fracaso admisible” (Pérez, 2020, p 36).

En Estados Unidos, la carga de la prueba está formada por dos componentes: una carga de producción y una carga de persuasión que incorpora el *onus probandi* y el umbral de decisión. La carga de producción es una función de la carga de persuasión, que a su vez está determinada por los distintos estándares de decisión. Así, las partes habrán satisfecho una carga de producción en juicio si presentaron pruebas en las que un juez razonable concluye que la carga de persuasión fue satisfecha (Pardo 2013 p. 102). Así, el estándar de suficiencia depende de hechos probabilísticos objetivos relacionando sucesos y proposiciones, los que se deben cotejar con la evidencia incorporada en juicio. “La parte a quien corresponde la carga de la prueba logra probar un hecho en disputa cuando la probabilidad objetiva de existencia del hecho, debido a la evidencia, excede el umbral probabilístico asociado con el estándar de prueba, ya sea respecto de una hipótesis alternativa o, de su negación” (Allen, 2013, p. 52).

Sin embargo, el uso del estándar de la preponderancia de la prueba en un sistema preferentemente legal de valoración no permite al juez morigerar o adecuar la carga de persuasión de la evidencia en aquellos supuestos en que la contraria no aporte prueba o su producción es exigua. En estos casos se tiende a subsidiar la distribución del error en favor del demandante (eventuales falsos positivos) mediante la dictación de fallos fundados en evidencia feble o mínima, aunque no supere el 51% exigido de manera abstracta por dicho umbral, que por lo demás, tampoco se puede establecer objetivamente. Es decir, ¿Cuándo estaremos ante 40%, 51% o 60% de probabilidad?

Si se aplica el estándar de la preponderancia de la prueba como umbral de cotejo de una sola hipótesis y su negación –por ejemplo, juicio reivindicatorio seguido en rebeldía– lo más probable es que se obtenga una decisión favorable al demandante sustentada únicamente en una prueba documental, evidencia cuya fuerza probatoria regulada en la ley solamente se refiere a ámbitos formales –como es el caso de las escrituras públicas (Nieva, 2011, p. 95)– y que puede estar unida a un cúmulo de indicios probatorios: certificado de avalúo fiscal emitido por el SII, el pago del impuesto territorial, los archivos que lleva la Dirección de Obras Municipales (Larroucau, 2015, p. 141).

Todos estos antecedentes pueden mudar en presunciones judiciales, cuyo sustento estará determinado solo por la fuerza persuasiva de aquellos sobre el juez, sin mayor

análisis argumentativo. O, al tratarse de evidencia escasa, se pueden aplicar las reglas de plena y semiplena prueba como regla de decisión en donde prevalecerá el peso probatorio de la escritura pública (González, 2021, pp. 200-210). Lo que une a ambas formas de decisión es que están basadas en una creencia no justificada.

Lo que intento explicar es que el estándar probatorio de la preponderancia de la prueba en los juicios en que no existe un contradictorio, no se mide con relación al hipotético 0,5 respecto de su negación, sino que se parangona con 0 (ignorancia o falta de certeza absoluta). “El objeto del proceso (y de lo acreditado en él) es una caja de resonancia de las teorías del caso que han articulado las partes, gracias a que los abogados y el juez tienen ‘la capacidad de anestesiarse su corazón’ al hacerse una imagen de los hechos principales del caso” (Larroucau, 2017b, p. 168). Esto se debe a que en nuestra jurisprudencia predomina el enfoque interno entendido como la creencia que lo afirmado por las partes verdaderamente ocurrió y, si solamente existe una versión, se le dará preferencia a aquella hipótesis, aunque sea levemente superior a 0. Se trata de un enfoque coherente con un sistema procesal en donde la decisión se apoya en creencias no justificadas.

Esta decisión tampoco permite un control intersubjetivo mediante el recurso de casación en el fondo, ya que como se indicó previamente, la Corte Suprema se decanta por una interpretación restringida de lo que entiende por LRP. En el ejemplo en comento, no se avizora infracción alguna y eventualmente la sentencia solamente sería casable en la forma por falta de fundamentación.

Pardo expone y critica una tendencia similar a la chilena respecto de los juicios ocurridos en Estados Unidos al aplicar la preponderancia de la prueba. Sin embargo, en ellos se tiende favorecer a la parte quien más se aproxime al 0,5 aunque no lo supere. “El error está en presumir que cualquier posibilidad desconocida favorece al demandado (o a la parte que no tiene la carga de la prueba). Esto resulta inconsistente con la distribución equitativa del riesgo de error” (Pardo, 2013, p. 112) y por tal motivo, si ninguna hipótesis supera el 0,5, ninguna se debería tener por probada (Abel, 2012, pp.188-189). De esta manera, la política de igualdad de errores se satisface cometiendo errores en cada uno de los casos individuales, siempre y cuando la proporción de casos comprenda aproximadamente el mismo número de demandantes y demandados que genuinamente merezcan tener una decisión favorable (Allen, 2013, p. 49).

Sin embargo, estimo que esta distribución no se da en nuestro proceso de igual forma debido a las subvenciones epistémicas que impone la valoración de la prueba preferentemente legal y la falta de control sobre la motivación fáctica por parte de los tribunales superiores³⁵. Por el contrario, Hunter justifica este resultado y sostiene que

³⁵ Este tipo de decisión puede apoyarse en otras formas de validación de las hipótesis, tales como la relevancia, la coherencia, completitud o cobertura del relato, etc. (Hunter, 2015 p. 248). En caso de existir una hipótesis contrapuesta, la primera explica mejor un conjunto de pruebas de mejor calidad epistémica

“no es irracional preferir la versión de aquella que tenga un mayor grado de confirmación, aunque no alcance el mínimo necesario para estimar suficientemente probado el hecho. Y esa elección de la hipótesis mayormente confirmada pasa necesariamente por entender que el juez está valorando un conjunto de información que no puede ser mejor” (2015, p. 248).

Respecto del demandado rebelde, existen subsidios procesales que desmejoran la situación de aquellos litigantes que no han sido emplazados correctamente en juicio o lo han sido de manera tácita (artículos 54 y 55 del CPC), cuestión bastante frecuente en los procesos civiles (sobre todo con la actual redacción del Art. 49 del CPC). Esta situación, unida al breve plazo existente para impetrar un incidente de nulidad absoluta por falta de emplazamiento permite que la combinación de la valoración de prueba preferentemente legal, la concepción persuasiva de la prueba basada en una actitud proposicional de creencia no justificada y el estándar de la preponderancia de la prueba ampare situaciones inicuas, que sobrepasan el reparto del error sostenido por este umbral en perjuicio del incoado. Además, se aleja del deber que pesa sobre el juez de aproximarse argumentativamente y en el mayor grado posible a la verdad en el establecimiento de los hechos.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

En el capítulo anterior se argumentó que en el proceso civil chileno es complejo –tanto racional como epistémicamente– determinar la suficiencia probatoria bajo un estándar mal entendido de la preponderancia de la prueba (menor a 0,5), ya que el riesgo de distribución se convierte inicuamente en asimétrico y se inclina severamente en contra del demandado negligente, mal representado o nunca emplazado.

Un uso correcto de un estándar de prueba es aquel que se aviene a la actitud proposicional de aceptación (no normativo) o incluso, de creencia justificada, derivado de la concurrencia de distintas variables aceptadas normativa y epistémicamente. Incluso, si se decanta por una actitud de creencia justificada, el juez estará obligado a motivar la decisión respecto de la cantidad, relevancia y fuerza probatoria de la evidencia.

Sostener lo contrario implica asumir decisiones incoherentes por parte de los tribunales. Por ejemplo, si en un juicio oral se determina la ocurrencia de un delito y posteriormente, en sede civil, se ventila la acción de responsabilidad que busca el resarcimiento del daño provocado por el ilícito penal, ¿qué tan lejano puede estar un estándar de otro y que verse acerca del mismo supuesto fáctico? El Art. 324 del CPP refiere que la prueba de las acciones civiles en el procedimiento criminal se sujetará a

de que la última (Accatino, 2015, p. 18 (nota 41)). Sin embargo, por atractiva que resulte esta propuesta, la jurisprudencia mayoritaria no recoge estos elementos en relación al razonamiento probatorio civil.

las disposiciones del CPC en cuanto a su procedencia, oportunidad, forma de rendirla y apreciación de su fuerza probatoria.

Lo anterior no implica aproximarse a aquellas tesis que indican que también se debe considerar y factorizar en la ecuación la utilidad de una condena precisa y la utilidad de una absolución precisa, y por tal el enfoque teórico-decisional del estándar de prueba puede llevar a la conclusión de que el umbral probabilístico debería variar de caso en caso. En otras palabras, se decantan por un estándar de prueba flexible o flotante, lo que implica que la decisión depende del contexto, como lo que está en juego al creer que es cierto. “Hay más en juego en un juicio que involucra la pena de muerte que en un caso de hurto menor; en consecuencia, debería haber una justificación epistémica más fuerte para un hallazgo de culpabilidad en el primer caso que en el segundo” (Ho, 2021). La principal objeción a esta propuesta es que vincula el riesgo de error a cargo de las partes en función de la utilidad del parecer de los jueces, cuando idealmente este riesgo se debería determinar democráticamente y no debería variar entre distintos casos (Redmayne, 1999 p. 184).

Tampoco significa que el juzgador deba decidir a base de creencias no justificadas, toda vez que es precisamente aquello que se pretende evitar al exigir decisiones motivadas y susceptibles de un examen intersubjetivo, acorde con lo que espera la sociedad de los tribunales civiles en un Estado democrático de derecho.

Para que ello ocurra, se debe avanzar legislativamente hacia un sistema racional de valoración y decisión probatoria en el proceso civil tal como el establecido por la Ley N° 21.634 promulgada el 28 de noviembre de 2023 que modifica la normativa sobre los tribunales de contratación pública y que establece en su Art. 25 quinquies inc. 2° lo siguiente³⁶:

“El tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica; al hacerlo deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud le asigne valor o la desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

³⁶ La redacción de la norma parece decantarse por una tesis de suficiencia probatoria de plausibilidad relativa o de los hechos explicativos (Larroucau, 2012, pp. 798-803, Accatino, 2015, pp. 70-72 y Pardo, 2023, pp. 476-477, tema que por su extensión y trascendencia tendrá que ser analizado en otro trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL, Xavier (2012) "La dosis de prueba: entre el *common law* y el *civil law*", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 35, pp. 173-200.
- ACCATINO, Daniela (2002). "Notas sobre la aplicación de la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial", *Rev. derecho Valdivia* 13, pp. 9-26.
- ACCATINO, Daniela (2006). "La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", *Rev. derecho Valdivia* 19(2), pp. 9-26.
- ACCATINO, Daniela (2009). "Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal", *Revista de Derecho PUCV* (32), pp. 347-362.
- ACCATINO, Daniela (2011). "Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal", *Revista de Derecho PUCV* (37), pp. 483-511.
- ACCATINO, Daniela (2014). "Atomismo y holismo en la justificación probatoria", *Isonomía* 40, pp. 17-59.
- ACCATINO, Daniela (2015). "La arquitectura de la motivación de las premisas fácticas de las sentencias judiciales y su función como garantía", En: Páez, Andrés (Ed.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba: Ensayos de Epistemología Jurídica*, Bogotá: Editorial UniAndes, pp. 65-87.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1991). "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico". En Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 335-360.
- ALLEN, Ronald (2013). "Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico". En Vásquez, Carmen (Ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Barcelona: Marcial Pons, pp. 99-118.
- ANABALÓN, Carlos (1954). "El juicio ordinario de mayor cuantía", Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ANDERSON, Terence; David SCHUM y TWINING, William (2015). *Analysis of Evidence*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ARAYA, Marcela (2018). *Recurso de nulidad y control racional de la prueba*, Santiago: Librotecnia.
- ATIENZA, Manuel (2006). *El derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel.
- AYALA, Guillermo y MONTES, Francisco (2020). *Probabilidad básica*, Valencia: Universidad de Valencia.
- BANFI, Cristián y CARBONELL, Flavia (2023). "La infracción a normas reguladoras de la prueba en juicios de responsabilidad extracontractual", *Revista Chilena de Derecho* 50(3), pp. 91-119.
- BAYÓN, Juan Carlos (2010). "Epistemología, Moral y Prueba de los Hechos: Hacia un Enfoque no Benthamiano", *Revista Jurídica Mario Alario D Filippo* 2(4), pp. 15-34.
- BELTRÁN, Ramón (2012). "Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile", *Política criminal* 7(14), pp. 454-479.
- BENFELD, Johann (2018). "Sobre el carácter normativo y tendencialmente vinculante de las reglas de la sana crítica en la ponderación de la prueba judicial", *Revista de Derecho PUCV* (50), pp. 159-185.
- BENFELD, Johann (2020). "La sana crítica en materia penal, laboral y de derecho de familia. Variaciones normativo-institucionales", *Revista de Derecho PUCV* (55), pp. 65-97.
- BENFELD, Johann (2021). "De la prueba de los hechos a la verificación del supuesto normativo. Hechos institucionales y sana crítica", *Revista Chilena de Derecho* 48 (2), pp. 125-147.

- CARBONELL, Flavia (2019). “La irradiación procesal del derecho civil”. En: Pereira, Esteban (edit.), *Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno*, Santiago: Rubicon, pp. 587-630.
- CHIOVENDA, Giuseppe (1936). *Instituciones de Derecho procesal Civil, Vol. I*, Madrid: Editorial Rev. de Derecho Privado.
- COLOMA, Rodrigo; LARROUCAU, Jorge y PÁEZ, Andrés (2024). “Sobre el impacto judicial de la concepción racionalista de la prueba”, *Revus* 52, pp. 1-23.
- COLOMA, Rodrigo; PINO, Mauricio y MONTECINOS, Carmen (2009). “Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal”, *Revista Derecho PUCV* (33), pp. 303-344.
- COLOMA, Rodrigo (2009). “Estándares de prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos”, *Revista de Derecho (Valdivia)* 22(2), pp. 205-229.
- COLOMA, Rodrigo (2011) “Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales”. En: Arena, Federico y Brunet, Pierre (Coord.), *Questions contemporaines de théorie analytique du droit*, Madrid: Marcial Pons, pp. 75-98.
- COLOMA, Rodrigo (2012). “¿Realmente importa la sana crítica?”, *Revista Chilena de Derecho*, 39 (3), pp. 753-781.
- COLOMA, Rodrigo (2016). “Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos”, *Discusiones: Estándares de prueba* 18(2), pp. 23-57.
- COLOMA, Rodrigo (2017). “Bases de un modelo conceptual para decidir hechos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (40), pp. 69-92,
- COSTELLO, Fintan y WATTS, Paul (2017). “Explaining High Conjunction Fallacy Rates: The Probability Theory Plus Noise Account”, *Journal of Behavioral Decision Making* 30(2), pp. 304-321.
- DAHLMAN, Christian (2024) “A systematic account of probabilistic fallacies in legal fact-finding”, *The International Journal of Evidence & Proof* 28(1), pp. 45-64.
- DEI Vecchi, Diego (2014). “Acerca de la fuerza de los enunciados probatorio. El salto constitutivo”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (37), pp. 237-261.
- DEI Vecchi, Diego (2020). “Prueba libre, justificación epistémica y el noble sueño de los estándares de prueba”, *Revista de Derecho (Valdivia)* 33(2), pp. 25-48.
- DEI Vecchi, Diego (2023). “Sentencia judicial, prueba y error. El rol de la verdad de las premisas fácticas en la aplicación de normas jurídicas y en la justificación de decisiones judiciales” *Isonomía*, (58), 107-148.
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián (2007) “. *Proceso Penal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y Razón*, Madrid: Editorial Trotta.
- FERRER, Jordi (2005). *Prueba y verdad en el derecho 2º edición*, Barcelona: Marcial Pons.
- FERRER, Jordi (2007). *La valoración racional de la prueba*, Barcelona: Marcial Pons.
- FERRER, Jordi (2011). “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales”, *Isonomía*, (34), pp. 87-107.
- FUENTES, Claudio (2011a). “Consideraciones en torno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil”. En: Leturia, Francisco (edit.), *Justicia civil y comercial: Una reforma ¿cercana?*, Santiago: Ediciones LyD, pp. 173-205.
- FUENTES, Claudio (2011b). “El Manejo de la Incertidumbre Judicial: La Construcción de la Duda razonable en el sistema Procesal Penal”. En: Fuentes, Claudio (Coord.), *Diez Años de la Reforma Procesal Penal en Chile*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 530-567.

- FUENTES, Claudio (2020). "Ensayo: ¿por qué es necesario establecer un estándar de prueba en el proyecto de reforma al proceso civil?", *Revista de Derecho UCSC* (37), pp. 51-66.
- GASCÓN, Mariana (2004). *Los hechos en el derecho*, Madrid: Ediciones Jurídicas Sociales.
- GONZÁLEZ, Daniel (2007). "Hechos y conceptos", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* 15.
- GONZÁLEZ, Daniel (2003). "Hechos y argumentos I, racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en materia penal", *Rev. Jueces para la democracia* 46, pp. 17-26.
- GONZÁLEZ, Daniel (2022). *Quaestio facti. Volumen I. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Madrid: Palestra Editores
- GORPHE, François (1955). *De la apreciación de las pruebas*, Buenos Aires: Editorial EJEA.
- GONZÁLEZ, Joel (2006). "La fundamentación de las sentencias y la sana crítica.", *Revista chilena de derecho* 33(1), pp. 93-107.
- GONZÁLEZ, María de los Ángeles (2021). "Un ministerio pleno: la plena prueba". En Erzumendia, Jesús (Dir.), *Proceso, prueba y epistemología. Ensayos sobre derecho probatorio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- HAACK, Susan (2020). *Filosofía del derecho y de la prueba, perspectivas pragmatistas*, Marcial Pons: Madrid.
- HO, Hock Lai, (2021) "The Legal Concept of Evidence", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2021 Edition)*, Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/evidence-legal/>
- HENKE, Horst-Eberhard (2023). *La Cuestión de hecho*, Santiago: Ediciones Olejnik, Digitalia.
- HUNTER, Iván (2015). "Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta", *Revista de Derecho UCN* 22(1), pp. 209-257.
- HUNTER, Iván (2017). "Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?", *Ius et Praxis*, 23(1), pp. 247-272.
- LETELIER, Raúl (2018). "El precio del statu quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas", *Revista de Derecho (Valdivia)* 31(1), pp. 209-229.
- LARROUCAU, Jorge (2012). "Hacia un estándar de prueba civil", *Revista Chilena de Derecho* 39(3), pp. 783-808.
- LARROUCAU, Jorge (2015). "Acciones reales y estándares de prueba", *Ius et Praxis* 21 (2), pp. 109-160.
- LARROUCAU, Jorge (2017a). "Leyes reguladoras de la prueba: de la soberanía judicial al control deferente de la Corte Suprema", *Revista de Derecho (Valdivia)* 30(1), pp. 311-331.
- LARROUCAU, Jorge (2017b). "Razonamiento hermenéutico y hechos sustanciales controvertidos", *Revista Chilena de Derecho* 44(1), pp. 159-183.
- LLUCH, Xavier (2012). "La dosis de prueba: entre el common law y el civil law", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 35.
- LLANOS, Leonardo (2024). "Una propuesta de valoración racional de los hechos en el proceso civil en base a la presunción judicial", *Revista de Derecho Universidad de Concepción* 92 (255), pp.79-109.
- MENESES, Claudio (2008). "Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil", *Ius et Praxis* 14 (2), pp. 43-86.
- MENESES, Claudio (2022). "Los instrumentos públicos en el derecho chileno. Fuentes y antecedentes históricos de los artículos 1699, 1700 y 1706 del Código Civil", *Revista de estudios histórico-jurídicos* 44, pp. 491-525.
- MORGAN, Edmund M. (1948) "Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept", *Harvard Law Review* 62(2), pp. 177-219.

- NIEVA, Jordi (2010). *La valoración de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- NIEVA, Jordi (2011). “Los Sistemas de Valoración de la Prueba y la Carga de la Prueba: Nociones que Precisan Revisión”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal* 3-4, pp. 91-120.
- NIEVA, Jordi (2020). “Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado”, *Estudios de Derecho Universidad de Antioquía* 77(170), pp. 117-148.
- PADILLA, Ricardo (2016). “Ese dolor de cabeza llamado prueba legal tasada: la anticipada aplicación del proyecto de código procesal civil, que los tribunales ordinarios de justicia se encuentran llevando a cabo”, *Rev. Chilena derecho y jurisprudencia* 26, pp. 401-410.
- PÁEZ, Andrés (2015). “La epistemología y el derecho”. En: Páez, Andrés (Ed.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba: Ensayos de Epistemología Jurídica*, Bogotá: Editorial UniAndes, pp. 202-234.
- PARDO, Michael (2013). “Estándares de prueba y teoría de la prueba”. En: Vásquez, Carmen (Ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Barcelona: Marcial Pons, pp. 99-118.
- PARDO, Michael (2023). “What makes evidence sufficient?”, *Arizona Law Review* 65(2), pp. 431-474.
- PEÑAILILLO, Daniel (1995). *La prueba en materia sustantiva civil*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PEREIRA, Hugo (1992). “Motivación y fundamentación de las sentencia y debido proceso”, *Gaceta Jurídica* 142, pp. 08-16.
- PÉREZ, Gabriel (2020). “Prueba legítima y verdad en el proceso penal II: la dependencia epistémica de la prueba”, *Isonomía* 52, pp. 31-62.
- POLITOFF, Sergio (1989). “Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado democrático de Derecho”, *Revista Chilena de Derechos Humanos* 11, pp. 6-17.
- REDMAYNE, Mike (1999). “Standards of Proof in Civil Litigation”, *The Modern Law Review* 62 (2), pp. 167-95.
- ROVATTI, Pablo (2024). “Sobre la supuesta ‘pureza epistemológica’ de la valoración de la prueba: a propósito de una tesis de Jordi Ferrer Beltrán”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 48, pp. 467-498.
- SAN MARTÍN, Lilian y LARROUCAU, Jorge (2021). “El razonamiento probatorio para el análisis de la causalidad en la responsabilidad civil: estudio de la jurisprudencia chilena”, *Revista Chilena de Derecho Privado* 40, pp. 329-359.
- SÁNCHEZ Rubio, Ana (2018). “Los peligros de la probabilidad y la estadística como herramientas para la valoración jurídico-probatoria”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 4 (1), pp. 183-214.
- TARUFFO, Michelle (2005). *La prueba de los hechos, Segunda edición*, Bologna: Trotta.
- VALENZUELA, Jonatan (2018). “Hacia un estándar de prueba cautelares en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva”, *Política criminal* 13 (26), pp. 836-857.
- VALENZUELA, Jonatan (2023). “Explorando el razonamiento probatorio en Chile: un estudio preliminar de las intuiciones judiciales sobre el daño”, *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio* 4, pp. 221-245.
- VARGAS, Orión (2013). “Lo probable y lo demostrable. Una aproximación a la obra de Lawrence Jonathan Cohen”, *Academia & Derecho* 6, 2013, pp. 111-124
- VÁSQUEZ, Carmen (2013). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Barcelona: Marcial Pons.