

## PROBABILIDAD Y PRUEBA JUDICIAL<sup>(\*)</sup>

MICHELE TARUFFO

Profesor de Derecho Procesal Comparado y Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa.

### SUMARIO:

- I. Verdad y prueba en la verificación judicial de los hechos. - II. Conceptos de probabilidad. - III. La probabilidad lógica. - IV. La probabilidad proporzionale.

### I. VERDAD Y PRUEBA EN LA VERIFICACIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS

Uno de los problemas fundamentales del proceso se refiere al status epistemológico del enunciado con el cual el juez, luego de su valoración de los medios de prueba disponibles y del nivel de demostración que estos atribuyen a las hipótesis relativas a hechos del proceso, afirma que tales hechos han sido verificados y, en consecuencia, deben ser considerados como "verdaderos".

Respecto a la verdad de los hechos, se habla a menudo en el contexto del proceso, tanto civil como penal, porque se tiende generalmente a reconocer que una verificación certera de los hechos hace parte de la finalidad del proceso, como condición necesaria de justicia en la sentencia final. Sin embargo, se recalca que en el lenguaje corriente se utilizan varios conceptos de verdad con relación a los hechos del proceso, con la consecuencia que esta noción termina por ser vaga, ambigua y esencialmente indeterminada.

Sobre este problema se evidencian, en efecto, polémicas no dilucidadas en torno al rol que la prueba y la verdad de los hechos desarrollan en el contexto del proceso, y también incertidumbres y dificultades que caracterizan la definición de la verdad a nivel epistemológico general. Por ejemplo, se habla de verdad "formal" y "sustancial", o bien de verdad "judicial" y "real", para decir que en el proceso se puede alcanzar solo una verdad judicial formal, mientras que la verdad real y sustancial se podría conseguir solamente por fuera del proceso. Aun, se distingue entre verdad como coherencia y verdad como correspondencia, para afirmar que la primera se puede obtener en el proceso, sobre la base de la coherencia narrativa entre los varios enunciados de hecho que en el proceso son formulados, y para negar en cambio que sea posible conseguir, en el proceso como en cualquier otro campo de la experiencia, una descripción de los hechos que corresponda a la realidad "externa" histórica y empírica.

A veces quien se ocupa de estos problemas considera que el "lenguaje de la verdad" es, desde el punto de vista filosófico, demasiado comprometedor y evoca problemas demasiado amplios y difíciles, y siendo así encuentra espacio el uso de un lenguaje diferente, de vez en cuando basado sobre la idea de "corteza moral" o bien sobre la idea de "probabilidad". Con esto, el panorama de la terminología incierta y ambigua, que se utiliza para tratar de definir el carácter de los enunciados que el juez formula en torno a los hechos, se expande y se vuelve aún más vago.

En esta oportunidad no es posible someter a un examen analítico todas estas hipótesis y las otras que podrían aun ser descubiertas en el lenguaje que usualmente se emplea para referirse a la decisión sobre los hechos. Los usos lingüísticos son, en efecto, demasiado numerosos e imprecisos y varían no poco en las múltiples lenguas, aun cuando tal vez entre ellas podría ser verificada una cierta uniformidad. Sin embargo, se pueden hacer algunas observaciones de carácter general, sin

Presentado y publicado en: XXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Bogotá, 2005, pp. 1077-1091. La traducción al español estuvo a cargo de la doctora Mercedes Lucía Fernández Muñoz.

profundizar en la justificación, sino con el objetivo de excluir de manera preliminar algunos problemas del campo de indagación al cual se enfoca la presente exposición.

Así, por ejemplo, no es el caso discutir aquí el problema epistemológico general de la verdad y el problema de la distinción entre verdad como correspondencia de un enunciado a la realidad empírica y verdad como coherencia entre enunciados. A propósito, resulta esencial la referencia al criterio sistemático de verdad enunciado por Tarski y aceptado de manera casi general. Como es sabido, este criterio se funda sobre la consonancia entre el enunciado y la realidad a la cual aquel obedece ("la nieve es blanca" es verdad sólo si la nieve es blanca), pero no implica la adopción de un concepto específico de verdad, dado que diferentes conceptos de verdad pueden ser atribuidos en contextos diferentes. A propósito, se puede observar que el contexto del proceso solicita que se adopte un concepto de verdad en correspondencia con aquello que el juez afirma en torno a los hechos y a la realidad histórica de estos respecto a los cuales el juez se pronuncia en su decisión. La razón de ello está en la circunstancia que la decisión es justa no por cuanto es sintáctica y sistemáticamente coherente, o sea, en cuanto "narra una historia" en la cual todos los eventos y los comportamientos se combinan el uno con el otro, sino solamente si la historia que en ella resulta narrada corresponde a la realidad histórica de los hechos. El proceso no es un concurso literario en el cual se premia la mejor narración (aparte que en la literatura contemporánea la coherencia de la narración no es un requisito indispensable): es una situación en la cual derechos y obligaciones, absoluciones y punctiones, son atribuidos a condición de que se hayan en efecto verificado en la realidad externa al proceso los hechos a los cuales las normas atribuyen determinados efectos. Si tal condición no se constata o es incierta, y las manifestaciones relativas a estos hechos permanecen cognoscitivamente dudosas (aun siendo, tal vez, narrativamente coherentes), entonces el proceso ha fracasado en su objetivo. Nadie, en realidad, aceptaría ser condenado, a prisión o al resarcimiento de un daño, por un hecho que no ha cometido, pero que ha sido narrado de manera coherente aunque falsa por un testigo.

Vale la pena destacar aun que la señalada contraposición entre verdad "judicial" o "formal" de un lado, y verdad "real" o "extrajudicial" del otro, es completamente desprovista de fundamento. Es evidente que la verdad que se indaga en el proceso no es ontológica o cualitativamente diferente de la verdad de los hechos que se busca establecer en cualquier otro campo de experiencia, de la economía a la historia y a la vida cotidiana. En el proceso importa establecer "aquello que ha sucedido de verdad" del mismo modo que en el proceso los hechos son verificados según modalidades específicas establecidas por la ley, con límites de tiempo y de modalidades que derivan, por ejemplo, de normas que excluyen el empleo de determinados medios de prueba, aparece relevante bajo este perfil. Ciertamente, en cualquier situación, la verdad es necesariamente context-laden, y sus modalidades de hallazgo y verificación están ligadas a las reglas que se emplean en cada contexto específico.

Estas reglas pueden variar de un contexto a otro, así como pueden variar los instrumentos que se utilizan para establecer si un enunciado de hecho es verdadero o falso, pero ello no implica que haya diferencias ontológicas en la verdad que se trata de establecer. En el caso particular del proceso, se recalca que en línea de principio se utilizan como instrumentos de conocimiento las pruebas que, con pocas variantes, resultan empleadas además en la experiencia cotidiana: testimonios y documentos son disciplinados de manera específica por normas procesales, pero equivalen a los instrumentos de los que nos valemos ordinariamente para establecer si un hecho se ha verificado o no. No existe, así, una verdad formal típica del proceso, diversa de la verdad real que se verifica fuera del proceso: en este se tiende a verificar el mismo tipo de verdad que se busca en cualquier otra situación, incluso con instrumentos cuyas modalidades son típicas del contexto procesal.

Esto lleva a resaltar otro aspecto del problema. En la epistemología moderna, desde hace tiempo, se reconoce de manera uniforme que no existen verdades absolutas (salvo, quizás, en metafísica o en teología), y que cada verdad solo puede ser relativa en el contexto en que es conseguida. Pueden existir contextos más o menos idóneos para la búsqueda de la verdad, pero aquello que permanece invariable es el carácter relativo de cada verdad. Ello, como es obvio, de manera general, no nos puede maravillar por el hecho que también la verdad que se consigue en el proceso nunca puede ser pensada en algún modo como absoluta. Cada verdad procesal, como cada verdad extra procesal, es entonces relativa. Este punto es considerado en particular por aquel sujeto que llamaría "absolutista desilusionado", o sea, aquel que parte de la idea de que se pueden descubrir verdades absolutas también en el proceso, pero luego, verificando que ello no sucede, se convierte en un defensor de la tesis según la cual ninguna verdad jamás podría ser establecida. Es verdad, en cambio, lo contrario: la verdad que se puede descubrir en el proceso es como cualquier otra verdad relativa y así puede ser establecida en el contexto procesal. En realidad, el problema interesante es otro: dado que las reglas que definen los contextos procesales varían, y existen diferentes modelos normativos que definen las modalidades de verificación de los hechos, se podrá, de manera eventual, discutir y esta es una buena tarea para el comparatista sobre cuál debe ser el modelo relativamente mejor para conseguir este objetivo, y también sobre cuáles reformas se requieren eventualmente para permitir que un proceso sea eficiente desde este punto de vista. En esta perspectiva se podría también plantear el problema de los límites a la búsqueda de la verdad en el proceso, como aquellos que se derivan de normas de exclusión de determinadas pruebas (o de la prueba de determinados hechos) o aquellos que se derivan de la existencia de normas de prueba legal, y que sean justificados en un proceso que tiende a establecer de manera racional la verdad de los hechos.

La imposibilidad de hablar sobre verdades absolutas en el contexto del proceso induce a resaltar, ahora, un aspecto muy importante del problema del juicio sobre los hechos. Este se refiere a una interpretación más que todo difundida del principio de libre convencimiento del juez, según el cual el juicio final que el juez formula debería basarse sobre una certeza que obtiene de su persuasión interior (la *intime conviction* de la conocida fórmula francesa). En conclusión, el juez debería formular su propia decisión sobre una especie de intuición subjetiva, no privada de componentes emotivos, relativa a aquello que es verdad y a aquello que es falso con referencia a los hechos del proceso. Se trataría de un acto inescrutable que se da en la profunda interioridad del espíritu del juez, y que no por casualidad resulta a menudo como orientado a alcanzar la "certeza moral" sobre la verdad de los hechos. Esta orientación parece criticable desde varios puntos de vista. Sobre todo, aparece como un modo para pretender involucrar en el proceso verdades absolutas e irrefutables, basadas solo sobre una opción subjetiva del juez. Además, la expresión "certeza moral" resulta contradictoria y falaz: si hay certeza en torno a la verdad de un enunciado de hecho, no hay necesidad alguna de calificarla como "moral"; si no existe certeza, el adjetivo "moral" carece de sentido, o bien es un escamoteo usado para atribuirle una apariencia de fundamento a aquello que no es así. En todo caso, aquello que resulta inaceptable es la concepción según la cual el juicio sobre los hechos debería estar fundado sobre un acto no conocible, incontrolable y no justificable (no por casualidad los partidarios más radicales de la *intime conviction* afirman que el juez no podría y no debería motivar su propia decisión sobre los hechos). Al proceso, sin embargo, no le sirven las intuiciones inefables del juez: los hechos son verificados en base a pruebas, mediante un análisis crítico de las informaciones que ellas suministran al juez en torno a los hechos sobre los que él debe decidir. Además, en todos los ordenamientos modernos el juez tiene la obligación, con frecuencia enunciada en normas constitucionales, de motivar sus propias decisiones. Ello implica que el juez justifique con argumentos racionales la decisión que ha tomado al momento en el cual valoró el resultado de las pruebas y derivó elementos de convencimiento referidos a la verdad o a la falsedad de los enunciados

de hecho. En conclusión, la libertad del convencimiento implica que el juez no esté vinculado en su decisión sobre los hechos y que tal decisión sea discrecional, pero no implica que el juez pueda liberarse de las reglas de la racionalidad para sumirse en los abismos no concebibles de su interioridad y emerger de nuevo con una incontrolable certeza sobre los hechos del proceso.

## II. CONCEPTOS DE PROBABILIDAD

Frente a problemas y dificultades como los apenas indicados, una tendencia bastante difundida es emplear el lenguaje de la probabilidad con el fin de explicar el fenómeno de la decisión judicial basada en pruebas. En otros términos, no queriendo o no estando en capacidad de hablar el lenguaje de la verdad/falsedad, se refugia en el llamado a la idea de probabilidad, como si de este modo todos los problemas fuesen resueltos. Por desgracia, las cosas no funcionan así, por varias razones que vale la pena indicar, aunque sea de manera sintética.

Antes que nada, si se usa genéricamente el término "probabilidad" para indicar cualquier cosa que sea diferente de la verdad en sentido estricto, o sea, cualquier cosa que no sea absolutamente verdadera pero tampoco ciertamente falsa, se permanece en un nivel en extremo vago, porque no es claro qué cosa se pretende expresar al decir que un evento, o el enunciado que lo describe, es "probable". No es raro que, quien usa el término "probable" de manera genérica, tienda a confundirlo, entre otros, con "verosímil", "posible", "creíble", o sea, con nociones que resultan a su vez privadas de significados precisos, pero que en todo caso aluden a fenómenos diversos entre ellos y diferentes de la probabilidad.

Sobre todo se necesita tener en cuenta el hecho de que la noción de probabilidad no es un concepto simple y homogéneo. Por un lado, en su larga historia surgieron al menos dos concepciones diferentes y contrapuestas, es decir, la así llamada concepción bayesiana o lógica y la así llamada concepción pascaliana o cuantitativa de la probabilidad. En el estado actual de las cosas existen varias nociones de probabilidad: por ejemplo, todavía se distingue entre probabilidad lógica y probabilidad estática (o frecuentista), entre probabilidad objetiva y subjetiva, y se discute si existe o no un concepto fundamental unitario que congregue las distintas nociones de probabilidad. No tener en cuenta todo esto, como a menudo sucede, significa dar lugar a una serie infinita de errores y de malos entendidos.

De otra parte, es necesario considerar que el empleo incontrolado de cuantificaciones probabilistas es una de las razones más frecuentes de error en las inferencias que se formulan con la intención de interpretar la realidad o de formular previsiones.

Estas consideraciones inducen a afirmar que cualquier referencia genérica y no cualificada a la noción de probabilidad se traduce en un no-sentido. Ello vale en particular en el contexto del proceso: si, como a menudo ocurre, se afirma genéricamente que las pruebas judiciales pueden fundar juicios de probabilidad sobre hechos del proceso, en realidad no se dice nada significativo. Sin embargo, resulta posible usar correctamente el lenguaje de la probabilidad para analizar la decisión sobre los hechos, con tal que se respeten algunas condiciones.

- A. Se trata, sobre todo, de tener conciencia de que el juez debe construir inferencias lógicas que instauren conexiones entre enunciados sobre hechos. Vale la pena recalcar una cosa obvia: que el juez no entra sino en muy raras casos (como cuando efectúa una inspección) en contacto directo con los hechos del proceso, ya que estos se han verificado antes y por fuera del proceso. El juez tiene que ver con las descripciones de los hechos, o sea, con enunciados que los describen: con entidad lingüística y no así con acontecimientos empíricos. Simplificando al extremo la situación en la cual el juez opera, se puede pensar en un enunciado que describe un *factum probans* y expresa el resultado de la prueba (por ejemplo, la declaración de un testigo), y un enunciado que describe un *factum probandum* (por ejemplo, el hecho

ilícito productivo de un daño). Aquello que el juez debe formular es una inferencia que relacione el primer enunciado con el segundo, en modo que este sea confirmado por el primero. Se trata así de un problema lógico-semántico: el enunciado relativo al *factum probandum* podrá ser considerado por el juez como "verdadero" (en el sentido antes especificado), si este resulta ratificado lógicamente por el enunciado relativo al *factum probans*. Pero la inferencia en cuestión debe ser formulada según criterios bien definidos: por un lado, en efecto, no es posible pasar directamente de un enunciado sobre un hecho específico a otro enunciado sobre un hecho específico sin invocar o suponer un criterio que permita este pasaje. De otra parte, es válida la consideración que bajo el perfil puramente lógico de cualquier premisa, verdadera o falsa, puede derivarse cualquier consecuencia, a su vez verdadera o falsa, ello vuelve ocioso e inútil cada razonamiento que no implique la referencia a un criterio de inferencia capaz de establecer cuáles consecuencias verdaderas pueden ser racionalmente derivadas de premisas que se asumen como verdaderas.

- B. Se necesita, sin embargo, considerar que los criterios en base a los cuales el juez construye las inferencias probatorias pueden variar de caso en caso. A veces el juez dispone de leyes científicas de carácter general, que instauran en todos los casos posibles una relación determinada entre uno y otro hecho (se trata de criterios que tienen la forma del tipo "todas las veces que X entonces Y"). En estos casos la inferencia que el juez construye corresponde al modelo nomológico-deductivo analizado por Hempel, puesto que en todos los casos "si X entonces Y", también en el caso en especie "ya que X, entonces Y". La inferencia tiene forma deductiva y atribuye carácter de certeza a la conclusión "Y" que resulta fundada sobre la premisa "X". A esta situación, clara, pero bastante difícil de encontrar en la experiencia práctica, resulta normalmente asimilada una situación diferente pero análoga, en la cual se dispone de criterios no propiamente generales sino "cuasi generales", es decir, que expresan una conexión entre dos tipos de hechos, dotada de un grado muy alto de probabilidad (con una forma del tipo "en casi todos los casos si X entonces Y").

En esta situación, la estructura formal de la inferencia permanece nomológico-deductiva, pero la conclusión no tiene carácter de real y propia certeza deductiva; se podrá hablar de "certeza práctica" para aludir al hecho que tal conclusión podrá ser prácticamente utilizada como si fuera cierta, sobre el presupuesto que sea desatendible la diferencia respecto a la conclusión de una inferencia basada sobre un criterio en verdad general.

- C. Una vez que se admita la posibilidad de inferencias basadas en criterios no generales, surgen algunos problemas que vale la pena resaltar. Un primer problema se refiere al empleo, como criterios de inferencias, de generalizaciones empíricas, de *background knowledges* o de máximas de experiencia, o sea, de "reglas" que se admiten estar basadas sobre el sentido común o sobre la cultura media de un cierto momento en un cierto lugar.

Estas "reglas" son de uso muy frecuente en la *praxis* judicial (como en la vida cotidiana) y, asimismo, para ciertos aspectos son indispensables. Sin embargo, ellas no pueden ser confundidas con las leyes generales o cuasi generales a las cuales se ha hecho antes mención, aunque a veces son formuladas en términos generales o cuasi generales. El problema deriva del hecho que estas "reglas" o nociones tienen un *status* lógico cognoscitivo absolutamente incierto; ellas no solo varían de lugar a lugar y en el tiempo, sino que a menudo están también en contradicción con otras reglas o nociones que pertenecen al mismo contexto cultural. Además, de costumbre no se sabe cómo y por quién han sido formuladas, y entonces si tienen —y "cuál sea"— una base inductiva o un fundamento empírico. Por otra parte, es conocido que el así llamado sentido común es un inmenso repertorio de *pseudo* nociones, de prejuicios y de generalizaciones infundadas; más que de nociones e informaciones que puedan tener cierto nivel de credibilidad. De ello surge la necesidad de que el

juez, cuando recurre a estas "reglas" o "máximas" para construir sus inferencias, verifique el fundamento y el valor cognoscitivo, siendo evidente que las conclusiones que él obtiene no podrán tener un nivel de credibilidad superior a aquel del criterio que ha empleado para formularlas.

Un problema ulterior, que aquí solo puede ser indicado, consiste en el empleo de frecuencias estadísticas utilizadas como criterio para construir inferencias como aquellas de las cuales se está discutiendo. A propósito, existen dos aspectos que son tomados con cuidadosa observación. El primer aspecto es que por principio una frecuencia estadística instituye una conexión cuantitativa inherente a la verificación de dos tipos de eventos dentro de una población determinada, pero de esta conexión no es posible derivar nada significativo en torno a la verificación de un suceso particular como consecuencia de otro evento particular. Como suele decirse, las estadísticas sirven para hacer previsiones, pero no para establecer si un evento específico se ha verificado o no. No por casualidad los estudiosos de la causalidad distinguen entre la causalidad "general" y la causalidad "individual" o "específica", y admiten que a veces sobre la base de frecuencias estadísticas se puede establecer un nexo de causalidad general (por ejemplo, cuando se trata de verificar el así llamado "aumento del riesgo"), pero excluyen que puedan fundar la demostración de un nexo de causalidad específico. El segundo aspecto importante es que las estadísticas expresan frecuencias muy diferentes según los casos. Existen, en realidad, frecuencias altas (cuando por ejemplo se dice que X e Y están relacionadas en el 98% de los casos observados), frecuencias medias (cuando la relación se aproxima al 50%) y frecuencias bajas (cuando la relación tiene una frecuencia inferior al 50%, pero existen frecuencias estadísticas del 1 o 2%). Según los contextos de que se trate, a todas estas frecuencias estadísticas se les puede asignar un valor. Por ejemplo, si se trata de prevenir el nacimiento de una enfermedad, también una frecuencia estadística que demuestre que tal enfermedad tiene una frecuencia que aumenta en un 2% en presencia de un determinado factor (como la exposición a un material dañino) puede ser considerada como significativa. Si, en cambio, se trata de verificar un hecho específico —en casos raros en los cuales se puede hacer sobre la base de los datos estadísticos— necesita frecuencias mucho más elevadas, con tendencia a aproximarse al 100%. Es el caso del test del ADN, cuyos resultados aparecen atónidos —si el test ha sido efectuado correctamente— en una medida superior al 98%.

En este contexto, vale la pena señalar una tendencia que se afirma sobre todo en los Estados Unidos de América en la última década, según la cual el razonamiento probatorio del juez sería interpretable y formalizable según el cálculo de la probabilidad cuantitativa y, en particular, según el teorema de Bayes. La hipótesis sobre la cual se basa esta orientación es que el valor de las pruebas sea determinable en términos de probabilidad cuantitativa y con sistemas matemáticos precisos. Se trata, sin embargo, de una orientación que —no obstante ha producido muchos estudios, a veces interesantes— no es idónea para suministrar una representación adecuada del razonamiento probatorio. Ello, en verdad, es aplicable en algunos casos muy particulares, pero no es utilizable de manera general. La razón principal es que aproximadamente en la totalidad de los casos el juez no dispone de una exacta cuantificación de las *prior probabilities* que necesita conocer, a fin de aplicar el teorema de Bayes, como método para establecer en qué medida una prueba determina el incremento de probabilidad referida a un enunciado factual específico.

### III. LA PROBABILIDAD LÓGICA

Las consideraciones que anteceden deberían haber mostrado que en el contexto del proceso solo ocurre de manera excepcional que entre en juego la probabilidad cuantitativa bajo la forma de frecuencias estadísticas. Ello no impide que —a propósito de las pruebas judiciales— se continúe usando el lenguaje de la probabilidad, con tal que sea claro que la referencia no es a la probabilidad cuantitativa o pascaliana, sino a la probabilidad lógica o baconiana. La base fundamental de esta indicación es el famoso volumen de Jonathan Cohen titulado *The Probable and the Provable*, en el

cual desarrolla un análisis muy interesante del concepto de probabilidad lógica y de sus posibles aplicaciones en el contexto judicial. El núcleo esencial del concepto de probabilidad lógica radica en que este no hace ninguna referencia a frecuencias estadísticas, pero de manera específica se refiere al nivel de ratificación que un enunciado recibe de las inferencias basadas sobre las premisas que lo justifican. En términos procesales, ello significa que un enunciado relativo a un *factum probandum* es más o menos probablemente verdadero en función de los elementos de comprobación que las pruebas adquiridas en el proceso le suministran. En otros términos, la probabilidad de este enunciado está determinada por su grado de comprobación y este está a su vez determinado por los elementos de prueba directa o indirectamente referidos al enunciado. Es en este sentido que resulta entendida de manera correcta la afirmación según la cual en el proceso puede considerarse "verdad" aquello que resulta probado y en la medida en la cual resulta probado.

La determinación del nivel de ratificación de un enunciado fáctico depende así de las pruebas que a él se refieren. A propósito, pueden verificarse varias situaciones, que en esta ocasión solo pueden ser mencionadas de manera sintética.

La situación más simple es aquella en la cual existe sobre el enunciado en estudio una prueba directa; en este caso, el enunciado que expresa el *factum probans* y aquel que describe el *factum probandum* coinciden (como el caso en el cual un testigo afirma la verdad de un hecho principal del proceso), y la prueba atribuye directamente un grado de comprobación del enunciado que se trata de probar. En una situación de este tipo la ratificación del enunciado depende de manera exclusiva de la credibilidad de la prueba (o sea, de la valoración que hace el juez sobre la credibilidad del testimonio). Una situación más compleja se presenta en el caso en que el enunciado relativo al *factum probans* no coincide con aquel que incumbe al *factum probandum*, o sea, en el caso en el cual la prueba de que se dispone es indirecta, ya que recae sobre un hecho secundario del cual podría definirse una inferencia relativa al hecho principal que se trata de probar. En este caso, el nivel de ratificación del enunciado que describe este hecho deriva tanto de la credibilidad de la prueba como de la inferencia que puede ser derivada del hecho secundario con referencia al hecho principal.

En esta situación se vuelve particularmente relevante el discurso que se ha hecho de manera precedente respecto a la naturaleza y a la tipología de las inferencias que el juez debe formular para derivar de las pruebas conclusiones relativas a la verdad de un hecho principal del proceso. Situaciones particularmente complejas se verifican además cuando –como muchas veces sucede en la práctica– respecto al mismo hecho existen varias pruebas, que pueden ser directas e indirectas. Al respecto se trata de establecer el nivel de ratificación que cada prueba atribuye al enunciado de hecho al cual se refiere, para luego establecer el grado global o total de confirmación que tal enunciado recibe de todas las pruebas que le conciernen. Esta valoración es aun relativamente simple cuando las pruebas disponibles convergen hacia el mismo resultado, o sea, cuando ellas atribuyen ratificación al mismo enunciado; en este caso, en efecto, será suficiente sumar o combinar los resultados de varias pruebas para obtener un grado de comprobación total que corresponde a tal enunciado. Dificultades relevantes surgen, en cambio, cuando existen más pruebas, pero estas divergen entre sí, en el sentido que algunas demuestran la verdad del enunciado, pero otras demuestran falsedad o confirman una versión diferente del mismo hecho. En este caso, el juez deberá formular una valoración comparativa de los resultados que las pruebas producen respecto a los hechos que deben ser probados, determinando y luego confrontando los niveles de ratificación que derivan de las pruebas respecto a los varios enunciados relativos al *factum probandum*.

La valoración de la cual se habla emerge como esquema fundamental del razonamiento del juez sobre las pruebas si se adopta una perspectiva analítica; es decir, que configura la decisión final del juez sobre los hechos del proceso como el resultado de un conjunto más o menos complejo de alternativas y de inferencias fundadas sobre la valoración de cada prueba en particular con relación

a cada enunciado de hecho específico que aparece relevante para la decisión. Esta perspectiva parece ser la única que permite configurar de manera razonable la argumentación del juez en torno a los hechos del proceso, sobre la exclusiva base de las pruebas efectivamente disponibles. Ello implica considerar inatendible y falaz la perspectiva holística que resulta propuesta por algunos exponentes del "narrativismo judicial" o del análisis psicológico de la decisión del jurado. Según esta perspectiva, basada sobre la premisa que el proceso no es otra cosa que un lugar en el cual varios sujetos narran "historias", el juez no debería preocuparse por establecer el grado de comprobación o de probabilidad lógica que las pruebas específicas atribuyen a los singulares enunciados de hecho, pero sí debería solo establecer la historia que en conjunto aparece más coherente, y, por tanto, más convincente. No se puede negar que en esta perspectiva existen cosas útiles para comprender la psicología de las decisiones de los jurados; sin embargo, no parece que ella permita elaborar un modelo razonable del procedimiento por medio del cual el juez debería formular su decisión respecto a los hechos, con relación a las pruebas de que dispone.

#### IV. LA PROBABILIDAD PREPONDERANTE

Una vez establecido que el razonamiento del juez sobre las pruebas se desarrolla de manera esencial en términos de probabilidad lógica, y posee como estructura un conjunto de deducciones con base a las cuales se establece el nivel de comprobación que los varios elementos de prueba atribuyen a los enunciados relacionados con los hechos del proceso, queda por considerarse un ulterior problema importante. Este se refiere a los criterios con los cuales el juez formula la elección final en torno a los enunciados de hecho que coloca como fundamento de su decisión. A este propósito se considera que a veces entran en juego criterios jurídicos que determinan esta elección: es el caso de algunos ordenamientos procesales penales (como el estadounidense), en los que rige la regla según la cual la condena solo puede estar fundada sobre la prueba que demuestre la culpabilidad del imputado *beyond any reasonable doubt*. Según este criterio, los enunciados relativos a los hechos que constituyen la culpabilidad deben obtener de las pruebas disponibles un altísimo nivel de ratificación, prácticamente equivalente a aquel de la certeza. En efecto, en cualquier modo que resulte definida la "duda razonable" es claro que una prueba que no deje alguna duda razonable en torno a la verdad del hecho debe ser una prueba con un nivel altísimo de fuerza demostrativa.

En el proceso civil no existen reglas que requieran, en términos generales, un estándar de demostración probatoria de los enunciados sobre los hechos. El principio del libre convencimiento del juez, que es generalmente o casi generalmente acogido en los sistemas procesales civiles, lo desvincula de la aplicación de reglas de prueba legal, pero no fija algún estándar vinculante para la valoración de las pruebas. Sin embargo, ello no implica —como antes se dijo— que el juez sea libre para establecer la certeza de los hechos según su inescrutable intuición subjetiva; al contrario —como también se señaló— es necesario que el juez formule su decisión en modo racionalmente justificable y comprobable. Resulta ahora necesario determinar el criterio según el cual el juez podrá efectuar racionalmente las alternativas que en el ámbito de su apreciación discrecional lo conducen a establecer cuáles enunciados de hecho pueden o no ser considerados verdaderos en cuanto resulten demostrados por las pruebas disponibles.

El criterio que parece particularmente apropiado para guiar esta valoración del juez es aquel de la probabilidad preponderante (que responde sustancialmente al estándar de la *preponderance of evidence* del Derecho angloamericano), a veces también indicado como criterio del más probable que no. Tal vez vale la pena recalcar que también en este caso se habla de probabilidad lógica y no de probabilidad cuantitativa, aunque a menudo el criterio en mención es formulado con expresiones numéricas (como "más del 50%" o "más del 0.50%"). El contexto de referencia en el cual se aplica el criterio de la probabilidad lógica es el de todas las pruebas obtenidas en el proceso en el cual es necesario verificar un hecho. Los términos del problema que el juez debe resolver están definidos por los enunciados relativos a aquel hecho. Puede



ocurrir que exista un solo enunciado, que puede ser verdadero o falso, o bien pueden existir varios enunciados sobre el mismo hecho, cada uno de los cuales puede ser verdadero o falso.

El criterio de la probabilidad lógica preponderante consiste en realidad en combinar dos reglas. La primera regla (que más específicamente corresponde al criterio del "más probable que no") indica que es racional escoger, respecto a un enunciado de hecho, la hipótesis que es confirmada en un mayor grado que la hipótesis contraria. Si la hipótesis positiva (o sea, aquella de la verdad del enunciado) es más probable que la hipótesis negativa (o sea, aquella de la falsedad del enunciado), entonces la hipótesis positiva debe ser elegida por el juez, quien en cambio deberá elegir la hipótesis negativa en el caso en que la falsedad del enunciado aparezca más probable. Si la hipótesis positiva aparece fundada sobre algún elemento de prueba, pero este no es suficiente para fundar la probabilidad lógica preponderante de tal hipótesis, el juez debe concluir que el hecho no ha sido probado y, en consecuencia, decidir.

La segunda regla de la probabilidad lógica preponderante opera en el caso en que respecto al mismo hecho existen hipótesis diversas. En esta situación, el criterio racional consiste en la elección de la hipótesis que aparece sostenida por un grado de confirmación probatoria relativamente superior a aquel de cualquier otra hipótesis. Si, en efecto, existen más enunciados relativos al mismo hecho, y cada uno de estos enunciados tiene un cierto grado de confirmación probatoria, un criterio racional de selección no puede más que conducir a privilegiar el enunciado que tiene el mayor grado de confirmación probatoria. También en este caso, naturalmente, vale la regla del "más probable que no", en el sentido que el enunciado que resulta escogido debe tener un grado de probabilidad lógica preponderante sobre el grado de probabilidad del enunciado contrario.

Estas reglas pueden funcionar en modo diverso según las situaciones concretas y específicas en las cuales el juez se halla para efectuar sus propias elecciones. Sin embargo, no parece oportuno adentrarse a un examen analítico de estas situaciones. Más bien, vale la pena corroborar —en conclusión— los aspectos más importantes que la idea de probabilidad expresa, cuando se refiere al problema de las pruebas y de su valoración por parte del juez.

El primer aspecto es que aquí entra en juego el concepto de probabilidad lógica, no aquel de probabilidad como frecuencia estadística. También en las hipótesis en las que haya frecuencias estadísticas utilizables, en efecto, ello no implica que la probabilidad de la verdad de un enunciado sea el resultado de un cálculo matemático. Mejor, el dato estadístico puede ser utilizado por el juez —cuando concurren las condiciones— como criterio para formular inferencias probatorias, y por ello —en definitiva— como elemento necesario para determinar el nivel de confirmación (o sea, la probabilidad lógica) de un enunciado.

El segundo aspecto está representado por el hecho que la idea de probabilidad lógica permite racionalmente analizar la estructura del razonamiento del juez, poniendo en evidencia el carácter inferencial, y hace sobresalir los pasajes y criterios según los cuales se articula la valoración judicial de las pruebas.

Last but not least, la interpretación del fenómeno probatorio por medio de la idea de probabilidad lógica permite evitar problemas casi irresolubles que resultan dispuestos por referencia al cálculo de la probabilidad cuantitativa, pero también permite evitar caer en el irracionalismo que se verifica en todas las situaciones que no se está en capacidad de identificar la base y la estructura racional del libre convencimiento del juez. El concepto de probabilidad lógica preponderante ofrece, en verdad, un criterio de elección que aparece al mismo tiempo flexible, adaptable a las circunstancias concretas más diversas, y, sin embargo, dotado de un fundamento racional muy sólido. Su aplicación permite al juez racionalizar sus propias elecciones, controlar la validez y también ofrecer una justificación apropiada al motivar sus decisiones sobre los hechos.