

# Necesidad de estándares probatorios en el futuro Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares en México\*

Por: **Érika Yazmín Zárate Villa\*\***

**Resumen:** Este escrito se orienta a presentar la necesidad de establecer en normas procesales estándares probatorios en materia civil y familiar, a partir del entendimiento de las cuestiones probatorias de un juicio dentro del ámbito de la concepción racional de la prueba. Motivo por el que se explica la importancia de tener parámetros objetivos del control del razonamiento probatorio en un proceso, ya que los umbrales probatorios

son un eslabón de esa corriente. Así, se reflexionará por qué no se presta atención a esos estándares y se destacará que estos son distintos a las reglas de valoración de la prueba, por lo que no pueden ser sustituidos por estas o por la motivación de una decisión, respecto a la cuestión fáctica en un juicio. Esto permitirá concluir que los estándares probatorios abonan a la seguridad jurídica, el debido proceso y la plena efectividad del

\* Las ideas del texto reflejan únicamente la postura de la autora y no representan las ideas de las instituciones en donde se desarrolla como servidora pública o profesora.

\*\* Realizó estudios de la Licenciatura en Derecho en el ITAM, de Maestría en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Panamericana, del Doctorado en Derecho Procesal Civil y Penal en la Universidad Complutense de Madrid, de Maestría en Proceso Penal Acusatorio y del Doctorado en Derecho en INDEPAC, así como diversos cursos relacionados con el razonamiento probatorio en la Universidad de Girona, en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en la Escuela Federal de Formación Judicial y el Máster en pruebas en el proceso penal de la Universidad de Barcelona. Ha sido Profesora de licenciatura en las materias de procesos constitucionales y proceso penal acusatorio en el ITAM, así como de la licenciatura y maestría en la materia de Justicia Constitucional Comparada en la Escuela Libre de Derecho. Actualmente es Secretaria de Estudio y Cuenta Adjunta en la Ponencia del Señor Ministro Javier Laynez Potisek en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

derecho a probar, por lo que es adecuado considerar que el legislador los establezca en la nueva codificación procesal civil y familiar nacional mexicana.

**Palabras clave:** Debido proceso, razonamiento probatorio, concepción racional de la prueba, verdad por correspondencia, valoración libre, derecho a probar, estándares probatorios.

**Abstract:** *This paper is oriented to present the need to establish evidentiary standards of proof in procedural rules for civil and family matters, based on the understanding of the evidentiary issues of a trial within the scope of the rational conception of evidence. For this reason, the importance of having objective parameters for the control of evidentiary reasoning in a trial is explained, since evidentiary thresholds are a part of this current. Thus, it will be reflected why these standards are not paid attention to and it will be emphasized that they are different from the rules of evidence valuation, so they cannot be substituted by them or by the motivation of a decision, regarding the factual issue in a trial. This will allow concluding that the*

*evidentiary standards contribute to legal certainty, due process and the full effectiveness of the right to prove, so it is appropriate to consider that the legislator establishes them in the new Mexican national civil and family procedural codification.*

**Keywords:** *Due process, rationalist approach, standard of proof, evaluation, legal proof.*

**Sumario.** **I.** Introducción; **II.** Premisas necesarias; **III.** ¿Qué son los estándares probatorios? **IV.** La necesidad de umbrales probatorios; **V.** Estándares probatorios del proceso civil en el sistema *common law*; **VI.** ¿Por qué llama la atención la ausencia de estándares probatorios en los proyectos de Códigos Nacionales de Procedimientos Civiles y Familiares? **VII.** La materialización del debido proceso con la decisión probatoria de un juicio; **VIII.** El contenido de un estándar probatorio objetivo; **IX.** ¿Debemos trasladar los estándares probatorios del derecho comparado a la codificación procesal civil mexicana? **X.** Conclusiones; **XI.** Referencias.

## I. Introducción

El quince de diciembre de dos mil diecisiete se reformó el artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para facultar al Congreso de la Unión a la creación de un código nacional de procedimientos civiles y familiares. Esa reforma tiene como

base, entre otras circunstancias, la percepción de la sociedad de que la falta de acceso a la justicia en esas materias es generada por la incertidumbre en el resultado y en los costos del juicio.<sup>1</sup> Ese cambio constitucional llevó a diferentes grupos parlamentarios

<sup>1</sup> Centro de Investigación y Docencia Económicas (2015): *Informe de resultados de los foros de justicia cotidiana*, disponible en: [https://imco.org.mx/wpcontent/uploads/2015/04/Documento\\_JusticiaCotidiana\\_.pdf](https://imco.org.mx/wpcontent/uploads/2015/04/Documento_JusticiaCotidiana_.pdf).

a establecer proyectos de legislaciones procesales civiles y familiares. Los textos de esas iniciativas no contienen estándares probatorios. La ausencia de esos estándares podría considerarse abono para la falta de certidumbre que la sociedad percibe. Para explicar esta afirmación, se referirá qué son los estándares de prueba, cuál es su tarea dentro de la concepción racionalista de la prueba y por qué son distintos a las reglas de valoración de las pruebas. El desarrollo de esos temas se realizará desde una postura epistemológica de las cuestiones probatorias en los procesos, donde el convencimiento del juzgador no es suficiente para estimar que una hipótesis está acreditada, pues la convicción de una persona implica un alto grado de subjetividad —así, lo que para un sujeto está acreditado, no lo estará desde la perspectiva de otro—. Por tanto, se sostendrá que sin estándares probatorios las partes en un juicio no tendrán claro qué actividad probatoria deberán desarrollar con el fin de alcanzar sus pretensiones o desconocerán si las pruebas de la persona con pretensiones contrarias en el juicio son suficientes para derrotarlos, ya que siempre estarán expuestas a la incertidumbre

de la psique de cada juzgador, lo cual finalmente determina lo probado en un juicio en una concepción clásica de lo probatorio: la llamada visión persuasiva de la prueba.

Frente a las ideas anteriores, se puede oponer la postura de la suficiencia de las reglas de valoración probatoria para brindar seguridad a las partes en un juicio, en lo relativo a la decisión sobre los hechos. Sin embargo, como se expondrá en este escrito es diferente la etapa de valoración probatoria frente a la fase de análisis del cumplimiento de un estándar probatorio en un caso. El entendimiento de esa diferencia sumará para convencerse de la necesidad de establecer en las normas procesales estándares probatorios para materia civil y familiar.

La propuesta de contar con dos estándares diferenciados en esas materias se explicará con la exposición de los umbrales probatorios en el derecho comparado y las críticas que se han generado a los que son usados en la materia civil, para finalizar con el esbozo de lo que diversos teóricos han desarrollado como elementos de un estándar probatorio objetivo que abone en el cumplimiento del debido proceso y otros derechos de las personas que son partes en un juicio.

## II. Premisas necesarias

### 1. VERDAD, VERDAD JURÍDICA Y VERDAD EN LA EPISTEMOLOGÍA

La verdad material es la que sucede fuera del proceso, en el mundo. Esa verdad resulta difícil de demostrar.<sup>2</sup> Por ello, tradicionalmente (o fuera de un modelo racional de la prueba) surge la verdad jurídica o formal, que es la generada por las pruebas presentadas en el juicio, ya que la verdad absoluta es inalcanzable. En efecto, en juicio las partes exponen enunciados sobre los hechos que desean probar, entonces los veredictos no constituyen los hechos, como tampoco lo hacen las pruebas presentadas en juicio. Lo que hacen los fallos y las pruebas es sancionar de manera oficial una hipótesis particular sobre los hechos del caso.<sup>3</sup> Por tanto, es interesante preguntarse ¿sino podemos alcanzar certezas absolutas cómo controlamos que la decisión en un juicio sea racional?<sup>4</sup>

La respuesta a ese interrogante desde un modelo racional del tema probatorio en un juicio implica pensar que los hechos suceden y que sobre éstos se hacen enunciados en un juicio —que es el medio de transmisión de información sobre el mundo—. Así, un enunciado fáctico (formulado en el marco de

un proceso judicial y sometido a prueba) es verdadero sí, y sólo sí, se corresponde con lo sucedido en el mundo (externo al proceso).<sup>5</sup> Esta concepción se conoce como verdad por correspondencia<sup>6</sup> y es la que resulta útil a la epistemología jurídica.

### 2. EPISTEMOLOGÍA Y EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

La epistemología aplicada analiza si los sistemas de investigación, en diferentes ámbitos, están diseñados para alcanzar su propósito de la averiguación de la verdad. Esa finalidad también se presenta en el campo del derecho. La epistemología jurídica estudia las reglas jurídicas de los procesos para determinar si estas contribuyen a la averiguación de la verdad o la obstaculizan, con el objeto de proponer cambios o eliminar esos inconvenientes que impidan gravemente la averiguación de la verdad.

### 3. MOMENTOS PROBATORIOS

Jordi Ferrer desarrolla la concepción racional de la prueba en tres etapas.<sup>7</sup> La primera la denomina la conformación de los elementos de prueba o de juicio. En esa fase únicamente pueden ser consideradas las pruebas

<sup>2</sup> González Lagier, Daniel. *Quaestio facti, Ensayos sobre la prueba. Causalidad y acción*. Fontamara, México, p. 22.

<sup>3</sup> Laudan, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo, sobre epistemología jurídica*. Madrid. Marcial Pons, p. 36.

<sup>4</sup> Ferrer, Jordi. *Prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*. Ceji. Pachuca, Hidalgo, México, p. 62.

<sup>5</sup> Ferrer, Jordi. *Prueba, op. cit.*, p. 254.

<sup>6</sup> González Lagier, Daniel. *Quaestio, op. cit.*, p. 23.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 46 a 51.

ofrecidas y admitidas en el proceso, es decir, aquellas incorporadas al expediente judicial.<sup>8</sup>

El siguiente momento, cuya principal finalidad es la averiguación de la verdad, es la valoración de los elementos de prueba o de juicio. El juzgador puede realizar esta tarea a través de reglas predeterminadas por el legislador —lo que se denomina sistema tasado—. Una alternativa para esa tarea es la libre valoración, en ésta no hay sujeción a reglas jurídicas que predeterminen el resultado y donde se analizan las aportaciones de los elementos de prueba a cada una de las hipótesis de las partes. Con la valoración de todas las pruebas, se obtiene el grado de confirmación de la postura de las partes —que nunca será certeza absoluta—.<sup>9</sup>

El tercer momento es la toma de la decisión —después de que cada elemento de prueba

aportó algo para confirmar cada una de las hipótesis del caso—, donde se debe determinar si es posible tener por probada alguna de las versiones del juicio con el grado de confirmación que se obtuvo de las pruebas. Se debe precisar que la valoración de las pruebas no necesariamente lleva a la decisión, porque ni siquiera la hipótesis con mayor grado de confirmación concluye que esta sea la versión probada en el proceso. Entonces, a fin de saber con cuál grado de confirmación se puede considerar probada una hipótesis del conflicto, se utiliza la definición de un umbral probatorio, que es un estándar de prueba, precisamente por la imposibilidad de obtener certeza total es necesario que el legislador defina en qué escenario probatorio se puede tener por probada una hipótesis fáctica.

### III. ¿Qué son los estándares probatorios?

En el proceso, los hechos no entran en su realidad histórica porque ya acontecieron; las partes los introducen mediante enunciados que los describen. La verdad en el proceso será su correspondencia con la realidad,<sup>10</sup> sin soslayar que no es posible la certeza total de lo fáctico.

Señalar cómo será la verdad en el proceso genera que este tenga una dimensión epistémica. Esta faceta nos conduce a considerar que, aun cuando no se puedan alcanzar certezas absolutas sobre una hipótesis fáctica, no se descarta la posibilidad de elegir, como sustento de la decisión

<sup>8</sup> Se debe tener presente que el autor nos advierte que ese conjunto se forma por las pruebas que son relevantes para el caso, en el sentido de que aporten información de los hechos discutidos. En ese grupo no pueden estar las pruebas que se obtuvieron con violación a los derechos humanos. Tampoco pueden integrar ese agregado los testigos de referencia y las pruebas que no fueron ofrecidas en los plazos procesales. Véase: Ferrer Beltrán, Jordi. *Prueba*, *op. cit.*, pp. 145 y 146.

<sup>9</sup> El autor nos aclara que el resultado de la valoración siempre es contextual, ya que si cambia el conjunto de elementos de prueba cambiará el resultado de valorar.

<sup>10</sup> Taruffo, Michele. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. 20 Cuadernos de la Divulgación de la Justicia Electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México, 2013, p. 84.

jurisdiccional, alguna de las hipótesis del caso. La selección se deberá a que “no todas las hipótesis fácticas tendrían pues el mismo grado de fundamentación o corroboración por lo que se debe acudir al razonamiento probabilístico en los términos que lo hemos planteado de la probabilidad lógica”. Este planteamiento hace indispensable el establecimiento de un umbral a partir del cual se deba aceptar una hipótesis como probada.<sup>11</sup>

Ese umbral es un estándar probatorio que solo puede operar en sistemas de libre valoración de la prueba.<sup>12</sup> Este presupone una decisión política. La definición de estos umbrales es una tarea del legislador, porque “sus motivos no derivan de su relación con la verdad ni con la reducción del error sino de una decisión política según la cual cierto tipo de errores es peor o menos aceptable que otros”.<sup>13</sup> Por ello, corresponde a los legisladores establecer el umbral probatorio una vez decidido el peso socialmente aceptable de los errores en las sentencias, para que el juzgador realice su función de emitir una decisión.<sup>14</sup>

Los estándares de prueba encuentran su razón de ser en la conclusión de que los

hechos que en algún momento dieron lugar a un litigio nunca pueden reproducirse tal y como sucedieron. Los hechos acaecidos y generadores del conflicto ocurrieron en un espacio-tiempo determinado y, por imposibilidad material, no son susceptibles de presentarse al juzgador que resolverá la controversia de una forma en que los aprecie como realmente sucedieron, sino únicamente en la mejor medida en que las partes los presentan —a través de pruebas y argumentación jurídica—.<sup>15</sup>

En efecto, un estándar de prueba “tiene la intención de indicar al investigador o aquel que se está cuestionando cuándo está autorizado a considerar algo como probado, esto es, cuándo la relación entre la prueba o las premisas justifica la aceptación de la conclusión como probada para los propósitos pretendidos”.<sup>16</sup>

El estándar de prueba debe ser apropiado, pues “no depende de una confianza subjetiva de la hipótesis; al contrario, el estándar nos indica cuándo la confianza subjetiva está justificada”.<sup>17</sup>

Por tanto, el estándar de prueba es el umbral que permite determinar si un relato

<sup>11</sup> Rivera Morales, Rodrigo. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Marcial Pons. Madrid, España, 2011, pp. 304 y 305.

<sup>12</sup> Reyes Molina, Sebastián, “Estándares de prueba y “Moral Hazard”, p. 7. Disponible en: [http://www.catedradeculturajuridica.com/biblioteca/items/1613\\_A/Sebastian\\_Reyes\\_Molina.pdf](http://www.catedradeculturajuridica.com/biblioteca/items/1613_A/Sebastian_Reyes_Molina.pdf).

<sup>13</sup> Laudan, Larry. “Por qué un estándar de prueba subjetivo es ambiguo no es un estándar”, en Doxa, Cuadernos de Filosofía, 28 (2005), p. 97.

<sup>14</sup> Es importante la aclaración de Carmen Vázquez, que indica que legislar estándares probatorios no implica un regreso a la prueba tasada, ya que está última se presenta en la etapa de valoración de las pruebas y no en el momento de la decisión final del caso. Además, los estándares no establecen un valor de una prueba *priori*. Véase: Vázquez, Carmen. “A modo de presentación” en *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Marcial Pons. Madrid, España, 2013, p. 14.

<sup>15</sup> Cfr. Taruffo, Michele, *La prueba, artículos y conferencias*, Metropolitana, Chile, 2009.

<sup>16</sup> Laudan, Larry. *op. cit.*, p. 104.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 105.

puede considerarse probado dentro de un proceso.<sup>18</sup> En ese sentido, resulta pertinente preguntarse, ¿cuál es el nivel de exigencia probatoria del estándar? Para responder se puede acudir al derecho penal, como un ejemplo. En esa materia se da respuesta a dicho planteamiento observando la gravedad del error del fallo. Lo grave se determina atendiendo al bien afectado por la consecuencia jurídica y al grado de menoscabo del bien. Cuando se daña el bien en un grado superior, lo congruente es un estándar probatorio de mayor exigencia, ya que el error de condenar a una persona que no cometió el delito tendría grandes consecuencias, por ejemplo, en términos de la afectación a la libertad personal. Sin embargo, los códigos penales no solo contemplan sanciones restrictivas de la libertad; hay una variedad de sanciones penales cuyas consecuencias se asemejan en mayor medida a lo que sucede en un juicio civil, administrativo o laboral —como las multas o las inhabilitaciones para ejercer un cargo público—. Entonces, en estas situaciones, la gravedad de un fallo erróneo no siempre será la misma para las sentencias de diversos delitos. Es recomendable tener diferentes estándares en el proceso penal, atendiendo a la gravedad de la consecuencia jurídica prevista. La existencia de diferentes estándares también es recomendable si algunas de las sanciones penales se equiparan

a las de otras materias. Entonces, el estándar en materia penal no siempre tiene que ser más exigente que en otros campos del derecho.<sup>19</sup> En consecuencia, elegir el estándar siempre dependerá de los bienes jurídicos vinculados a los derechos que sean centrales en cada juicio y en sus diversas etapas.<sup>20</sup>

También es relevante enfatizar que un estándar de prueba contribuye, cuando está formulado correctamente y es aplicado debidamente en un juicio, a que se tenga racionalidad en la decisión jurisdiccional, pues los errores previsibles en todo juicio se distribuirán adecuadamente, de acuerdo con la decisión política del legislador para esos casos. Ello, pues el error al que se refiere puede reducirse a dos conceptos. El primero de estos es el falso positivo, que en practicidad jurídica civil sería, por ejemplo, conceder la demanda en los términos planteados por el accionante cuando en concordancia de la realidad, no debió haberse procedido así. El segundo es el Falso negativo, entendiéndose por esto que se niegue la demanda del peticionario de justicia aun cuando le asiste la verdad y la razón sobre los hechos y sus pretensiones.

En su obra más reciente, Jordi Ferrer detalla las funciones de los estándares de prueba. El autor escribió que esos umbrales son modos de definir criterios de justificación de las decisiones probatorias. Toda vez que ayudan a la persona que juzga a decidir

<sup>18</sup> Larrocau, Jorge, “Hacia un estándar de prueba civil”, vol.39, N°3, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, 2012, p. 783.

<sup>19</sup> Ferrer, Jordi, *Prueba y racionalidad*, op. cit., p. 263.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 253.

cuáles hipótesis están suficientemente corroboradas.<sup>21</sup> Esa característica del estándar de prueba facilitará el control en recurso de la decisión de un caso, ya que en el medio de impugnación se podrá revisar la

motivación de la sentencia controvertida al analizar la valoración de las pruebas y si el grado de corroboración que se atribuyó a una hipótesis fáctica es el adecuado.<sup>22</sup>

## IV. La necesidad de los umbrales probatorios

Debe llamar la atención que “la conciencia de necesidad de los estándares de prueba, desafortunadamente, es muy poco común en los sistemas de tradición romano-germánica”;<sup>23</sup> aun cuando la ausencia de estándares probatorios en la legislación se convierte en un problema para el control de la arbitrariedad y el control de las decisiones probatorias.<sup>24</sup> Es claro que no solo en la materia penal se deben reglar estándares probatorios. En materia civil y familiar, al igual que en el ámbito penal, es necesario diversificar estándares, porque es importante enfatizar que una sentencia errónea en los procesos en los que no está de por medio la libertad igualmente puede tener resultados catastróficos para las personas.<sup>25</sup>

Un estándar contribuye a la seguridad jurídica y a un mejor uso de los procesos, ya que si las partes saben de antemano —mediante una regla positiva— cuál es el

umbral probatorio exigible para que sus hipótesis se consideren suficientemente probadas, entonces podrán decidir si iniciar un juicio o no, de acuerdo con las pruebas que tengan disponibles. Además, un estándar permitiría que las partes generen estrategias para su litigio sin depender únicamente de un convencimiento interno del juzgador que, como todo lo que corresponde a un ámbito subjetivo, es más difícil de prever y determinar.

Además, el autor referido en el apartado anterior expresó que el estándar de prueba tiene una función de garantía para las partes. A estas les permite tomar decisiones racionales antes y durante el proceso, sobre cómo conducirse para lograr sus pretensiones e, incluso, para saber ante qué decisiones probatorias debe plantear recursos y alegar en su contra.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Ferrer, Jordi, *Prueba sin convicción, Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons, España, p. 110.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 111.

<sup>23</sup> Vázquez, Carmen, *op. cit.*, p. 13.

<sup>24</sup> Ferrer, Jordi, *Prolegómenos para la teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva*, en *Prueba*, *op. cit.*, p. 253.

<sup>25</sup> Larrou Torres, Jorge, *op. cit.*, p. 788.

<sup>26</sup> Ferrer, Jordi, *Prueba sin convicción*, *op. cit.*, pp. 112 y 114.

## V. Estándares probatorios del proceso civil en el sistema *common law*

### 1. PROBABILIDAD PREVALECIENTE<sup>27</sup>

El estándar de prueba más utilizado requiere que los demandantes demuestren su reclamo por el llamado estándar de “preponderancia de evidencia” o “balance de probabilidades”, que significa probar que algo es más probable que no. En general, se entiende que implica un umbral de certeza más grande que cincuenta por ciento de las probabilidades.<sup>28</sup>

Este estándar de probabilidad prevaleciente se entiende como la probabilidad lógica o inductiva o de la preponderancia de la prueba. Su funcionamiento implica que en un proceso civil se tienen dos hipótesis y se elige la que tenga un mayor grado de probabilidad después de valorar las pruebas. El estándar distribuye el error del fallo de manera equitativa entre demandado y demandante —vistos como categorías o grupos y no como sujetos individuales—,<sup>29</sup> en virtud de que en el proceso civil no existen razones de orden público para preferir el error favorable a una de las partes frente a la otra.<sup>30</sup>

Por consiguiente, se puede entender que el criterio de probabilidad prevaleciente combina dos reglas. La primera es la consistente en “más probable que no”, que conduce a elegir la hipótesis que es confirmada en mayor grado que la otra. La segunda regla exige tener en cuenta que, en caso de presentarse varias hipótesis sobre el mismo hecho, el criterio racional de elección sería escoger la que es sostenida por un mayor grado de confirmación frente a la otra. El estándar se inclina ante una suficiencia, debido a la calidad de las pruebas y no de su cantidad.<sup>31</sup> El estándar busca una dosis razonable de probabilidad no tan elevada como en el proceso penal, ya que la prueba en un juicio civil debe llevar al juzgador, cuando elige una hipótesis, a decir “es más probable que no”.<sup>32</sup> La pretensión del demandante no tiene que ser muy probable, pero debe ser más probable que su negación.<sup>33</sup> La preponderancia de evidencia es un estándar probatorio consistente en “la afirmación de

<sup>27</sup> Carmen Vázquez nos aclara: “Los estándares civiles de la ‘preponderancia de la prueba’ y el ‘más probable que su negación’, se han usado tradicionalmente de forma intercambiable, como sinónimos. Sin embargo, el primero de ellos parecería establecer que para su satisfacción es suficiente con tener simplemente más pruebas que la contraparte, lo que constituye un error; ambas partes podrían tener un conjunto de pruebas de débil o insuficiente para cumplir con lo exigido por el estándar, aunque una siga preponderando sobre la otra. Por ello algunos teóricos han manifestado su preferencia en usar ‘más probable que su negación’ en lugar de preponderancia de la prueba”. Véase: Vázquez, Carmen. “A modo de presentación”, *op. cit.* p. 15.

<sup>28</sup> Cfr. Guerra, Alice *et. al.*, “Standars of Proof and Civil Litigation: a Game-Theoretic Analysis”, *The B.E. Journal of Economic Analysis*, Copenhagen, 2016.

<sup>29</sup> Larrou Torres, Jorge. “Hacia un estándar de prueba civil”. *Revista Chilena de Derecho*, volumen 39, número 3, 2012, p. 785. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372012000300008](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000300008).

<sup>30</sup> Ferrer, Jordi. *Prueba*, *op. cit.*, p. 236.

<sup>31</sup> Rivera Morales, Rodrigo, *op. cit.*, pp. 307 y 308.

<sup>32</sup> *Miller vs. Minister of Pensions* (1947).

<sup>33</sup> Abel Lluch, Xavier. “Las dosis de prueba: entre el common law y el civil law”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, p. 187. Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2012-n35-la-dosis-de-prueba-entre-el-common-law-y-el-civil-law>.

que, ante varias hipótesis sobre la existencia de un hecho, deberá escogerse aquella que tenga el grado más elevado de confirmación lógica (regla más probable que no).<sup>34</sup>

La prueba se aprecia preponderante cuando esta llega, para el tribunal, a un grado de convicción más elevado que la prueba relacionada con los hechos de la otra parte. La regla del más probable que no implica que cada enunciado fáctico puede considerarse verdadero o falso y el juez debe elegir la hipótesis que tenga un grado de confirmación lógica superior a la otra. Presupone que existe una única hipótesis sobre un mismo hecho.<sup>35</sup>

Esta preponderancia de la evidencia también ha sido calificada en la doctrina como un balance de probabilidades. En ese sentido, el estándar se utiliza cuando el demandante, con la evidencia aportada al juicio, tiene una probabilidad mayor que su contraparte de que su teoría del caso es verdadera. La probabilidad es específica, mayor de 0.5 (cero punto cinco).<sup>36</sup> El grado mínimo de confirmación para tener por acreditado un hecho en un juicio debe ser el establecimiento de una probabilidad mayor de 50/100 (0.51). Esto implica que hay ocasiones en que ninguna de las hipótesis propuestas se tiene por acreditada solo porque su grado de confirmación sea mayor que el de la otra parte; se exige, además, que una de las dos

tenga al menos 51/100 de probabilidad para que se dé por cierto un hecho. Dicho de otra manera, si la proposición fáctica de un actor tiene 40/100 y la del demandado 45/100, ninguna es más probable que la otra (en términos jurídicos, pues podría aseverarse lo contrario en puridad numérica, toda vez que 45 es mayor a 40), ya que es indispensable un grado de confirmación a partir de 51/100 para que la preponderancia de evidencia como estándar probatorio cobre validez.

Para entender los efectos prácticos de este estándar de prueba, supóngase que, en una controversia judicial, el demandante hace la proposición fáctica de que “A” es “A”, mientras que la contraparte o demandado argumenta e intenta probar que “A” no es “A”. Obsérvese que se trata de dos hipótesis sobre un mismo hecho y, de acuerdo con la lógica,<sup>37</sup> no pueden ser verdaderas las dos. Es necesario recordar que no se podrá tener certeza absoluta respecto de alguna de las dos hipótesis, sin embargo, una de las dos prevalecerá en el juicio porque su adecuación a la realidad será más probable que la otra. A esto se le conoce como grado de confirmación.<sup>38</sup> Continuando con el ejemplo en un litigio civil, la hipótesis positiva del actor se estima en un grado de confirmación de 60/100 o 60 por 100, en tanto que la hipótesis negativa del demandado se halla en un 40/100 o 40 por 100. La teoría del

<sup>34</sup> Lluch, Xavier, “La dosis de prueba: entre el common law y el civil law”, N°35, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, 2012, p. 173.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 189.

<sup>36</sup> Cfr. Malpas, Donald, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N, Stanford, 2012.

<sup>37</sup> Principios aristotélicos de identidad, no contradicción y tercero excluido.

<sup>38</sup> Que para efectos pragmáticos se le da un valor de cien, aunque, como ya se dijo, no sea viable la plenitud cognoscitiva de los hechos.

caso del accionante prevalece sobre la del demandado y al primero debe concederse el derecho reclamado a través de sus pretensiones.

A lo anterior debemos sumar que de la regla de la carga de la prueba que rige en materia civil, en la que “el que afirma está obligado a probar”, se desprende que, cuando los grados de confirmación de las proposiciones fácticas del actor y demandado sean idénticos, para efectos jurídicos, será más probable la hipótesis de quien no se encuentra obligado a demostrar un hecho, es decir, quien no tenga la carga de la prueba. Así, la regla de la prevalencia de la probabilidad implica que sobre un mismo hecho existen hipótesis diferentes. El juez deberá partir también de la regla más probable que no y tomar en consideración solo aquellas hipótesis que tengan una confirmación positiva y, de entre ellas, aquella que haya recibido el grado de confirmación relativamente mayor. Por ejemplo, si sobre un mismo hecho existen tres hipótesis (a, b, c) y cuyos grados de probabilidad son del 40 por 100, del 55 por 100 y del 75 por 100, tendremos que elegir la hipótesis “c” con un grado de confirmación del 75 por 100, puesto que es la hipótesis que ha recibido el grado de confirmación mayor.<sup>39</sup>

En el mismo sentido, determinar como acreditado un hecho por medio de la preponderancia de la evidencia implica que

ha quedado probado que es más probable que algo sea cierto a que no lo sea. A saber, la preponderancia de la evidencia denota que la proposición fáctica de una de las partes, lógicamente sostenida con pruebas, una vez considerada y comparada con la proposición contendiente, tiene un grado de convicción más grande y produce en el jurado la creencia de que es más probable que sea cierto lo que se busca demostrar. Subsecuentemente, en la controversia judicial no se requiere una prueba que arroje certeza absoluta, ya que difícilmente puede llegar a presentarse una prueba de esa naturaleza en un juicio, cualquiera que sea.<sup>40</sup>

La preponderancia de evidencia es un estándar más bajo que la prueba clara y convincente y aún más bajo que el que se conoce en materia penal como “más allá de duda razonable”. La carga de la prueba en la preponderancia de evidencia se cumple si hay más de un cincuenta por ciento de posibilidades de que, con base en toda la evidencia mostrada, las afirmaciones del demandante sean verdaderas. Se insiste que este estándar obliga a considerar que al menos el cincuenta y un por ciento de la evidencia mostrada favorece la historia y el resultado del demandante. Otra forma de pensar en el estándar es simplemente preguntar si es más probable que la proposición del demandante sea cierta que falsa.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Lluch, Xavier, “La dosis de prueba: entre el common law y el civil law”, *op. cit.*, p. 189.

<sup>40</sup> Schweizer, Mark, “The civil standard of proof — what is it, actually?”, *The International Journal of Evidence & Proof*, 2016, p. 2. Disponible en [https://www.markschweizer.ch/wp-content/uploads/2017/09/schweizer\\_civil\\_standard\\_proof.pdf](https://www.markschweizer.ch/wp-content/uploads/2017/09/schweizer_civil_standard_proof.pdf).

<sup>41</sup> *Cfr.*, LaMance, Ken, “Preponderance of evidence vs. Beyond a reasonable doubt”, 2018, disponible en: <https://www.legalmatch.com/law-library/article/preponderance-of-the-evidence-vs-beyond-a-reasonable-doubt.html>.

Es importante precisar que la preponderancia de evidencia, al tener sus bases en el cálculo probabilístico, encuentra sostén en axiomas matemáticos. Uno de los axiomas fundamentales del cálculo de probabilidad en los juicios del orden civil es que dos declaraciones son mutuamente excluyentes si no pueden ser ciertas al mismo tiempo. La probabilidad de que una de las dos declaraciones, mutuamente excluyentes, sea verdadera es igual a la suma de sus probabilidades individuales. Este enunciado se expresa en los términos que siguen, donde P es probabilidad, V es verdadero y F es falso:<sup>42</sup>

$$P(V \text{ o } F) = P(V) + P(F)$$

Una interpretación lingüística de la fórmula sería: la probabilidad total de que una proposición fáctica sea verdadera o falsa es igual a la suma de las probabilidades de que sea verdadera con las probabilidades de que sea falsa.

Entonces, pensemos que (V) y (no V) son mutuamente excluyentes, en virtud de que ninguna de las afirmaciones o propuestas fácticas del demandante y del demandado pueden ser verdaderas y falsas al mismo tiempo. Por ejemplo, si a la afirmación y a la evidencia de una de las partes se les asigna una probabilidad de ser verdaderas del 55% (cincuenta y cinco por ciento), entonces, por exclusión y obviedad lógica, existe

un 45% (cuarenta y cinco por ciento) de probabilidades de que las mismas sean falsas. Por ello, la suma de estas probabilidades excluyentes siempre dará como resultado un grado de confirmación total de 100 (cien) o 1 (uno), dependiendo cómo quiera expresarse. Esto se indica en los siguientes términos, donde 1 o 100 es el grado total de confirmación o certeza de una proposición:

$$P(V \text{ o no } V)=1$$
$$1= P(V) + P(\text{no } V)$$

En conclusión, si V es más probable que no V, es equivalente a decir que la probabilidad de V es mayor que 0.5 cuando se asigna el valor de “1”, o mayor a 50 % (cincuenta por ciento) cuando se asigna el valor de “100”. Esto se explica con la siguiente cita:

En un caso civil que implique mala práctica médica o un caso de accidente, no tenemos esa carga severa que un fiscal tiene en un caso criminal. ¿Qué estamos obligados a demostrar? Debemos demostrar que tenemos más probabilidades de tener razón que de estar mal, que lo que estamos diciendo es verdad [...] En los argumentos finales, nosotros diríamos al jurado, ‘miren, no tienen que estar cien por ciento seguros de que lo que estamos diciendo es más probable de estar bien que mal, nosotros solo debemos mostrarles que es más probable que tengamos razón que las que tenemos de estar mal, para que puedan emitir un veredicto

<sup>42</sup> Cfr., Brook, James, “Inevitable Errors: The preponderance of the Evidence Standard in Civil Litigation”, vol. 18, N°79, *Tulsa Law Journal*, Oklahoma, 1983.

a nuestro favor' [...] Eso es lo que significa la preponderancia de evidencia".<sup>43</sup>

### A. Críticas a la preponderancia de evidencia

Una de las principales críticas que se hace a este estándar probatorio estriba en que se aprecia insuficiente para satisfacer el derecho constitucional al debido proceso, dado que la consigna de este derecho es la legalidad y certeza jurídica en un proceso judicial —del cual depende el posible menoscabo de bienes, propiedades, posesiones o derechos—. Esta crítica sostiene que, para que se cumpla legalmente con el debido proceso a que todo ciudadano tiene derecho, se necesita más que una regla simple y poco rigurosa como la preponderancia de evidencia. Si bien los simpatizantes de esta postura resaltan la insuficiencia jurídica de la preponderancia de evidencia, no se identifican como partidarios de la idea de que el único estándar probatorio en materia civil que debe existir es el de la prueba clara y convincente o algún otro; solo se limitan a interpelar la insuficiencia de la preponderancia de evidencia a la luz del debido proceso.<sup>44</sup>

Desde luego, uno de los puntos más cuestionables de la preponderancia de evidencia surge del propio concepto de probabilidades excluyentes; particularmente, frente a un caso hipotético que arroja 51%

(cincuenta y uno por ciento) de probabilidad de ser como lo plantea el demandante contra 49% (cuarenta y nueve por ciento) de probabilidad de que lo reclamado por este sea falso. Obsérvese que es fácil poner en tela de juicio la validez de este estándar porque podría considerarse alejado de la realidad que el 1% (uno por ciento) sea una diferencia significativa, en términos probabilísticos, para ser determinante en un veredicto.

La objetividad en la expresión de las probabilidades que se adquieren de la evidencia también puede ser criticada. Se puede pensar que es una postura imparcial de las probabilidades lo que debe caracterizar a los estándares de prueba, o lo que realmente importa al momento de discernir sobre las probabilidades de la veracidad de un hecho es la creencia subjetiva de cada miembro del jurado o del juez respecto a las probabilidades, así como su estado mental en el que se encuentre. Al respecto, dado que el conocimiento y percepción de los hechos es disconforme entre uno y otro miembro del jurado, es imposible la objetividad en el cálculo probabilístico de los hechos; si bien se ha intentado defender a los estándares de prueba con la intervención de la epistemología en la aplicación del derecho, se rebate que esta no responde a la naturaleza perceptiva única y diferente en cada ser humano.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> *What is preponderance of evidence? NY Attorney Explains* [video], 2010, agosto 3, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=Rzrg2KNzYm4>.

<sup>44</sup> Cfr. Meadow, Robin, "Clear and convincing evidence", *California Insurance*, California, 1999 y Moss, Stephen, "Clear and convincing civility: applying the civil commitment standard of proof to civil asset forfeiture", Vol. 68, N°6, *American University Washington College of Law*, 2019.

<sup>45</sup> Cfr. Terence, Anderson y Schum, David, *Analysis of Evidence, Law in Context*, Cambridge University Press, pp. 224-245.

## 2. EVIDENCIA CLARA Y CONVINCENTE

En contraste, la evidencia clara y convincente es una repartición del error de manera diferenciada. Con este estándar, se aumenta la exigencia de suficiencia probatoria para el demandante, porque son casos en el que las consecuencias del error para el demandado serían muy graves.<sup>46</sup>

La prueba es clara y convincente cuando es alta y sustancialmente más probable que sea verdadera en comparación con las probabilidades de que sea falsa.<sup>47</sup> En términos simples, este estándar de prueba es un término medio entre la preponderancia de la evidencia y el de “más allá de toda duda razonable”; recordando que estos estándares exigen más del 0.5 (cero punto cinco) y del 0.91 (cero punto noventa y uno) de probabilidad, respectivamente. Por tanto, el estándar de evidencia clara y convincente ha sido identificado como “la carga media de la prueba”. En ese sentido, una parte de la doctrina ha convenido que la probabilidad en una prueba clara y convincente es mayor a 0.7 (cero punto siete) o 70% (setenta por ciento), mientras que en otros casos se afirma que la probabilidad en este estándar en una controversia judicial es del 0.75 (cero punto setenta y cinco) o 75% (setenta y cinco por ciento). También se ha interpretado que

la prueba clara y convincente es tan clara como para no dejar duda sustancial sobre la veracidad de la proposición fáctica y suficientemente fuerte como para asentir o confirmarse sin vacilar razonablemente sobre esta.<sup>48</sup> Nótese que se habla de duda sustancial, es decir, pueden existir dudas atingentes en torno a la veracidad del contexto o de las circunstancias que rodean al hecho propuesto, pero no sobre la existencia de este o de sus principales implicaciones, de tal suerte que las dudas sobre lo fáctico no afectan el grado de convicción al que se habría llegado respecto a lo esencial. Esto se explica considerando que la prueba clara y convincente es una medida de persuasión mayor que una simple preponderancia de evidencia, pero menor que más allá de una duda razonable, pues es la prueba que produce una firme creencia o convicción en cuanto a la proposición que se busca establecer.<sup>49</sup>

En los juicios civiles, como ya se mencionó, se usan los estándares probatorios de la preponderancia de evidencia, así como la prueba clara y convincente. La aplicación de un estándar u otro atiende al tipo de caso de que se trate, ya que algunos casos civiles, exigen elementos especiales para conceder las pretensiones de los demandantes.<sup>50</sup> De lo anterior, se obtiene

<sup>46</sup> Reyes Molina, Sebastián, *op. cit.*, p. 11.

<sup>47</sup> Cfr. Estados Unidos de América, Colorado vs Nuevo México, 467 U.S. 310, 1984, disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/310/>.

<sup>48</sup> Cfr. Meadow, Robin, “Clear and convincing evidence”, *California Insurance*, California, 1999, disponible en: <https://www.gmsr.com/wp-content/uploads/2016/06/Clear-and-Convincing-Evidence-How-Much-is-Enough.pdf>.

<sup>49</sup> Melton, Gary *et. al.*, *Psychological evaluations for the courts, a hand book for mental health professionals and lawyers*, The Guilford Press, Nueva York, 3ª ed., 2007, p. 694.

<sup>50</sup> Estos casos regularmente son demandas de fraude, testamentos, el retiro de manutención a un familiar, violencia doméstica, daños punitivos en adición a daños compensatorios de las facturas médicas, facturas de reparaciones

que la regla general, tratándose de estándares probatorios en los juicios del orden civil, es la preponderancia de evidencia y la regla específica es el requerimiento de la prueba clara y convincente cuando están en debate valores más importantes socialmente que no solo interesan a las partes, al menos en Estados Unidos, pues que este estándar opera con menor frecuencia en comparación con la preponderancia de evidencia e, incluso, tiende a ser cuasi criminal; concepto que se verá más adelante.

Esto, porque la evidencia clara y convincente es evidencia que produce en las mentes<sup>51</sup> la firme creencia o firme convicción de que las afirmaciones que buscaban ser probadas por la evidencia son ciertas. Es evidencia tan clara, directa, importante en términos de calidad y convincente como para causar que se llegue a una clara convicción de la verdad de los hechos precisos en cuestión.<sup>52</sup>

Esta situación tiene fundamento en la posible trascendencia jurídica, política y social de la decisión o del veredicto. A mayor relevancia y trascendencia jurídica de un asunto —ya sea de materia civil, penal o administrativa—, mayor carga de la prueba. Es decir, los estándares exigidos se vuelven más elevados de conformidad con los efectos que producirá la decisión final. En consecuencia, los casos en los que opera

la prueba clara y convincente son más relevantes o trascendentes en relación con los que rige la preponderancia de evidencia, pero no son tan significativos como los casos criminales en los que se está ante el estándar más allá de duda razonable que, en realidad, es sumamente alto.

Tanto la preponderancia de evidencia como la prueba clara y convincente son estándares de prueba a través de los cuales los jurados emiten su veredicto. El juez, antes de que el jurado pase a deliberar, le gira a este una serie de instrucciones con la mayor claridad posible, en aras de que apliquen correctamente los estándares de prueba mientras deliberan. Véase el siguiente ejemplo de las instrucciones que se dan a un jurado civil federal:

Para probar su reclamo \_\_\_\_\_, el (Demandante / Demandado) en este caso debe probar su reclamo de forma clara y con evidencia convincente. Este es un estándar diferente a la preponderancia de evidencia que ustedes usarán evaluando los otros reclamos. Evidencia clara y convincente requiere que la parte que hace el reclamo los convenza de que la existencia de cada hecho o elemento en disputa es altamente probable en lugar de que este sea, simplemente, más probable que la no existencia. Para satisfacer el estándar

---

de autos, salarios perdidos y la pérdida de capacidad de ganancia. Dependerá de la jurisdicción de cada Estado para determinar en qué asuntos civiles se exigirá la prueba clara y convincente. Cfr. LaMance, Ken, “Clear and convincing evidence standard”, 2018, consultado el 23 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.legalmatch.com/law-library/article/clear-and-convincing-evidence-standard.html>.

<sup>51</sup> Se refiere a las mentes de los integrantes del jurado.

<sup>52</sup> BURDEN OF PROOF - CLEAR AND CONVINCING EVIDENCE (Approved 4/1988), p. 1, disponible en: <https://www.njcourts.gov/attorneys/assets/civilcharges/1.19.pdf?cacheID=GCYZeg9>.

de evidencia clara y convincente, debe haber evidencia indicando que lo que se ha de probar es altamente probable. Evidencia clara y convincente es un estándar muy exigente que requiere menos evidencia que el estándar “más allá de duda razonable”, pero más de una preponderancia de la evidencia.<sup>53</sup>

De esta manera, el error es distribuido cualitativa y cuantitativamente de forma diversa en cada estándar de prueba (sea el falso positivo o el falso negativo, cuestión que ya se trató en este texto), dado que las consecuencias de llegarse a cometer un error por el Estado son variables en función del caso erigido y es en función de la posible transcendencia o costo de un error que se aplica uno u otro estándar de prueba. No es lo mismo una demanda de incumplimiento de contrato que acarreo una pérdida de dinero que un asunto, en el que se alegue que se han cometido acciones fraudulentas (sin que el caso sea penal, sino cuasi criminal, según el criterio y distinción vigente en Estados Unidos). En el primero de los casos, el estándar a aplicar es la preponderancia de evidencia; en tanto que en el segundo debe aplicarse el estándar de la prueba clara y convincente.

Así las cosas, recordemos que ni un juez ni un jurado pueden estar absolutamente seguros de los hechos en disputa. En el mejor de los casos, pueden intentar determinar lo que probablemente sucedió. Entonces, se reconoce la naturaleza probabilística de las decisiones relacionadas con el juicio, por lo que se intenta asignar de manera justa los riesgos de error, la ley impone reglas (estándares de prueba) que definen el grado en que los tomadores de decisiones (es decir, juez y jurado) deben estar satisfechos de que un hecho es cierto. Por tanto, se destaca al estándar de prueba como criterio para la toma de decisiones, un punto de referencia que los jurados y los jueces deben usar, para determinar si cada uno de los elementos requeridos se ha establecido al nivel de prueba especificado y saber si las pretensiones del demandante deben ser concedidas.

Conviene mencionar que es común encontrar la postura en la doctrina norteamericana, y en diversas cortes de jurisdicción local y estatal, de que la prueba clara y convincente se utiliza, generalmente, en los asuntos “cuasi criminales”.<sup>54</sup> Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ha determinado que el estándar de preponderancia de evidencia

<sup>53</sup> Federal Civil Jury Instructions Committee - *Burden of proof, Clear and convincing evidence*, disponible en: <https://www.vtd.uscourts.gov/sites/vtd/files/BURDEN%20OF%20PROOF%20-%20CLEAR%20AND%20CONVINCING%20EVIDENCE.pdf>.

<sup>54</sup> “Cuasicriminal se refiere al tratamiento de un acto en un caso civil como si estuviera ocurriendo en un proceso penal. Es un derecho de la corte sancionar por acciones como si estas fueran criminales. Por ejemplo, una persona puede ser retenida en desacato a la corte por un asunto civil, como el divorcio y se le puede imponer una sanción penal de prisión de pasar tiempo en prisión”. US Legal, “*Quasi Criminal Law and Legal Definition*”, consultado el 27 de mayo de 2020, disponible en: <https://definitions.uslegal.com/q/quasi-criminal/>.

es aceptable aún en casos en los que son posibles severas sanciones civiles; asimismo, ha señalado que el estándar intermedio se aplica cuando hay más en juego en el juicio que la simple pérdida de dinero.<sup>55</sup> Obsérvese que el criterio con base en el cual la Suprema Corte discierne entre un asunto propiamente civil y uno cuasi criminal es la interacción de derechos que no siempre deparan en cuantía económica. Es por tal motivo que se expuso que la regla general en los casos civiles es la aplicación de la preponderancia de evidencia y la excepción es la prueba clara y convincente, entendiéndose por excepción aquellos asuntos con una relevancia civil especial —en los que no solo se reclama una indemnización económica, sino que puede imponerse una medida o pena capaz de restringir la libertad del demandado—.

### A. Críticas a la prueba clara y convincente

Una de las críticas que se ha realizado en contra de este estándar probatorio es que, si bien ha sido un tema explorado en la doctrina jurídica, las decisiones judiciales y la jurisprudencia no han logrado una definición precisa del estándar, de tal forma que se proporcionen parámetros claros para su aplicación. Asimismo, se ha argumentado que tampoco se han distinguido certeramente los distintos estándares de prueba, especialmente los civiles de los penales.<sup>56</sup> Recuérdese que en

líneas anteriores se precisó que se daba un tratamiento genérico, por así decirlo, a los estándares de prueba, con independencia de la materia del derecho a la que pertenece determinado asunto. La crítica se hace bajo el entendido de que se propugna que debe haber una especialización, autonomía o distinción de los estándares de prueba, de tal suerte que se delimiten y se distingan con exactitud unos de otros, en atención a las distintas ramas del derecho. Lo cierto es que la tradición doctrinaria y legal apuntala a la teoría globalizadora o general de los estándares probatorios.

Además, se han criticado los conceptos establecidos por varios tribunales en cuanto a lo que debe entenderse por claro y convincente. Como se precisó en este texto, en el estándar probatorio referido, la evidencia es tan clara que no deja duda sustancial y es suficiente como para ordenar el asentimiento sin ningún vacilo de toda mente razonable. La crítica se relaciona con que la prueba clara y convincente, entendida así, es un estándar sumamente exigente, tanto que puede llegar a confundirse con el más allá de duda razonable.<sup>57</sup> Al respecto, debe resaltarse que todos los parámetros que se han expuesto son solo opiniones, unas más sostenidas que otras en relación con el grado de confirmación que debe exigirse para un estándar probatorio, pero no son criterios definitivos a tal nivel que la cuestión pueda considerarse resuelta.

<sup>55</sup> *Idem*.

<sup>56</sup> Cfr. Groetz, David, “Let’s be clear about ‘clear and convincing evidence’”, Canadian Association for Civilian Oversight of Law Enforcement, Halifax, 2007. Disponible en: <http://www.cacole.ca/confere-reunion/pastCon/presentations/2007/DavidGoetz-eng.pdf>.

<sup>57</sup> Cfr. Meadow, Robin, *op.cit.*, p. 119.

Entonces, puede ser arriesgado señalar que los jurados de Estados Unidos usan estándares de prueba que poseen concepciones no determinadas definitivamente, ni por sus más altos tribunales, aunque tampoco quedaría fuera de lugar asegurar que hay oscilaciones importantes en los grados de confirmación entre un Estado y otro, entre un tribunal

y otro, y entre un doctrinario y otro. En tal virtud, esto da lugar a exacerbadas reflexiones con respecto a los estándares de prueba. Con la exposición de este apartado, se puede advertir que ambos modelos de estándares probatorios tienen sus falencias.<sup>58</sup> Sin embargo, es indispensable conocerlos para asimilar los posibles beneficios de establecer estándares probatorios en las normas procesales.

## VI. ¿Por qué llama la atención la ausencia de estándares probatorios en los proyectos de Códigos Nacionales de Procedimientos Civiles y Familiares?

En los proyectos de códigos en materia procesal civil y familiar, presentados por diferentes grupos parlamentarios, al referirse al modo de valorar las pruebas en dos de esos proyectos, en los artículos 197 y 469, respectivamente, se indica el modelo de libre valoración. Sin embargo, en ninguna de las propuestas se contiene un estándar probatorio, ni se menciona en las exposiciones de motivos.<sup>59</sup>

Entonces, surge la pregunta ¿por qué el legislador mexicano no se ocupa de establecer

un estándar de prueba cuando, por ejemplo, en el Código Nacional de Procedimientos Penales vigente sí se establece el estándar “más allá de toda duda razonable”?, que es un umbral del *common law* adoptado en varias legislaciones continentales y de Latinoamérica.

Para dar respuesta a este planteamiento, es necesario recordar que la doctrina procesal civil negaba que el proceso estuviera orientado al descubrimiento de la verdad de los hechos, porque se carecía

<sup>58</sup> Véase: Ferrer, Jordi, *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, 2007.

<sup>59</sup> Véase: Iniciativa que expide el Código Nacional de Procedimientos Familiares, suscrita por los diputados María Guadalupe Murguía Gutiérrez, María García Pérez y José Hernán Cortés Berumen, disponible en: [http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2018/02/asun\\_3661547\\_20180206\\_1517953443.pdf](http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2018/02/asun_3661547_20180206_1517953443.pdf). Véase también: Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares y que reforma la ley general de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, la Ley General de Población, así como, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en materia de adopción, suscrita por los senadores Yolanda De La Torre Valdez, María Cristina Díaz Salazar, Hilda Esthela Flores Escalera, Enrique Burgos García, Ivonne Liliana Álvarez García, Miguel Romo Medina, Jesús Casillas Romero Y José María Tapia Franco, disponible en: [https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/3/2017-10-31-1/assets/documentos/Iniciativa\\_PRI\\_CNPCF\\_Adopcion.pdf](https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/3/2017-10-31-1/assets/documentos/Iniciativa_PRI_CNPCF_Adopcion.pdf). En el mismo sentido: Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, suscrita por los senadores Julio Ramón Menchaca Salazar y Ricardo Monreal Ávila, disponible en: [https://www.senado.gob.mx/64/gaceta\\_del\\_senado/documento/122460](https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/122460).

de un interés público como el que existe en el proceso penal. La objeción a esas tendencias es la idea de la decisión justa, que tiene como una condición necesaria —aunque no suficiente— que se sustente en una determinación de verdad de los hechos. Si aceptamos esta premisa, se aspira a una verdad material y no solo jurídica, por lo que se debe buscar la reducción de los errores de los fallos<sup>60</sup> o distribuirlos. Solo así se está en posibilidad del control racional de la actividad jurisdiccional.

A esas ideas se debe sumar que, probablemente, los proyectos legislativos referidos no contienen una regla de estándar probatorio porque se considera una figura ajena a la tradición jurídica mexicana —semejante a lo que se sostiene en la doctrina procesal continental—. Además, quizás se piense que el estándar no es necesario, en virtud de que los jueces profesionales que deciden los juicios civiles están obligados a motivar su sentencia con el uso de las reglas de valoración probatoria.<sup>61</sup>

Asimismo, se podrá discutir si un estándar de prueba, como los que se han descrito del *common law* —incluso el de materia penal “más allá de toda duda razonable”— son acordes al modelo continental procesal, pues en aquel se tiene jurado y no hay deber de motivar

la decisión, cuando la motivación sí es una obligación en el *civil law*, con lo que sería suficiente para analizar la racionalidad de la determinación del juzgador sobre las pruebas del caso.

Una respuesta a ese cuestionamiento es entender que la motivación implica la valoración de la prueba, bajo las reglas de la lógica y el uso de las máximas de experiencia, los cuales son criterios formales<sup>62</sup> —que, a veces, están bajo la sombra del subjetivismo del juzgador—. En cambio, un estándar es un parámetro de racionalidad que evita esos estados psicológicos de quien juzga.

Lo que se refuerza si pensamos que las reglas de valoración de las pruebas y el estándar de prueba tienen fines diversos. Al valorar, se pretende establecer un grado de confirmación o justificación de una hipótesis. El estándar entra en acción después de la valoración de las pruebas, pues lo que importa es el grado de justificación obtenido y la determinación de si este es suficiente para decantarse por la hipótesis fáctica de una u otra de las partes en el juicio.<sup>63</sup>

Así, el momento de la valoración de la prueba, con sus métodos de la sana crítica y la íntima convicción, es un lapso diferente al de la toma de la decisión. En este último es donde opera el estándar probatorio —la

<sup>60</sup> Taruffo, Michele. “Tres observaciones sobre ‘Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’, de Larry Laudan”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 (2005), p. 118, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/tres-observaciones-sobre-por-qu-un-estndar-de-prueba-subjetivo-y-ambio-no-es-un-estndar-de-larry-laudan-0/>.

<sup>61</sup> *Ibidem*, pp. 192 y 193.

<sup>62</sup> González Lagier, Daniel. “¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 23, 2020, p. 3. Disponible en: <http://www.rtfed.es/numero23/04-23.pdf>.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 9.

probabilidad necesaria para dar por probada una hipótesis de las partes del caso—; por tanto, un estándar no puede ser una forma de valoración, aun cuando la valoración y la aplicación del estándar coincidan en ser momentos o pasos de un modelo racional del razonamiento probatorio. Además, los modos de valoración no cumplen con la función de establecer un umbral probatorio preciso para considerar una hipótesis fáctica suficientemente corroborada.

En este punto se subraya que un estándar de prueba no se asemeja a la valoración de la prueba y a la motivación en la sentencia, pues esos umbrales deben estar alejados de cuestiones subjetivas. Cuando un juzgador valora y expresa su motivación, no todas sus consideraciones surgen de su contacto con las pruebas, pues en su decisión —inevitablemente— confluirá su cultura, conocimientos generales, prejuicios y hasta su análisis mecanizado, ya que en muchas ocasiones puede tratar situaciones diversas como si fueran iguales.<sup>64</sup>

La necesidad de establecer un estándar se refuerza, aun con la existencia de las reglas de valoración de la prueba, con una postura no solo jurídica, sino democrática. Ello, porque el estándar probatorio será una norma que refleja un valor de lo que una sociedad acepta como distribución del error o una fórmula de minimización de este. Por tanto, el estándar debe ser una norma del legislador, que puede hacer este tipo de determinaciones con trabajo empírico. El estándar no lo

puede crear el juzgador en cada una de sus decisiones, aun y cuando las motive, ya que no tenemos la seguridad de que, en un caso similar en cuanto a bienes jurídicos y derechos, se decidirá nuevamente con ese estándar probatorio, porque dependerá de las hipótesis fácticas de las partes y de las pruebas que aporten, pero ante ese mismo escenario con un umbral probatorio es más probable que se tenga la posibilidad de predecir la decisión de la persona juzgadora en cuanto a las hipótesis fácticas; lo que también podría predecirse aun ante personas juzgadoras diversas.

Por otra parte, es indispensable no soslayar que las propuestas legislativas en materia procesal civil y familiar en México pretenden aglutinar en una sola legislación diversas materias que protegen diferentes bienes y derechos. Entonces, es importante destacar que esa diversidad obliga a tener estándares probatorios propios para cada una de esas materias, lo que se sostiene con las siguientes afirmaciones del autor Michele Taruffo:

Es necesario tener en cuenta el hecho de que los estándares de prueba pueden variar en función de la estructura del contexto procesal, de las finalidades que se asignen al proceso en concreto, de los valores ético-políticos que en él se consideren prioritarios y de la regulación procesal de las cargas probatorias que se atribuyan a las partes.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Schiavo, Nicolás. *Valoración racional de la prueba en materia penal. Un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad*. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, p. 12.

<sup>65</sup> Taruffo, Michele, *op. cit.*, p. 119.

Considerar una diversidad de estándares probatorios para la materia civil y familiar, de acuerdo con el tipo de juicio o acción, refleja la necesidad de intensificar los umbrales probatorios cuando las cuestiones en disputa son igualmente valiosas para ambas partes —como puede ser en el caso de una acción reivindicatoria— o disminuirlos si la sociedad está interesada en no tener sentencias erróneas por los derechos y bienes del caso —por ejemplo, guarda y custodia de niñas y niños—.

Hasta el momento se piensa que se han dado suficientes razones en este apartado y todo el documento para sostener cuál es el motivo “de alarma” de la ausencia de estándares probatorios, que se puede resumir en la importancia de no descuidar el razonamiento probatorio de las decisiones de las personas juzgadoras, ya que alcanzar un modelo racional de la prueba en las sentencias es sustancial para la efectividad del derecho al debido proceso.

## VII. La materialización del debido proceso con la decisión probatoria de un juicio

Después de sustentar que los estándares probatorios son diferentes a la valoración de la prueba es interesante indicar cómo esa valoración y los estándares son elementos indispensables de la efectividad del debido proceso. Desde esa idea, se debe pensar que una forma de asegurar la eficacia del derecho de prueba es una concepción racionalista de la prueba en la que no se ligue la cuestión probatoria con el convencimiento psicológico del juzgador. Esto, porque todos tenemos el derecho a probar que se han producido o no los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas.<sup>66</sup> Además, la calidad de la decisión de un proceso es importante

para la sociedad, por lo que las reglas procesales deben orientarse a una resolución justa. En una decisión justa, se interpretan correctamente los hechos del caso y se fundamenta en una averiguación verdadera de estos.<sup>67</sup> No importa que la interpretación y aplicación de la hipótesis normativa sea correcta si la reconstrucción de los hechos resulta falsa.<sup>68</sup>

Entonces, se puede afirmar que del derecho a probar se deriva el derecho a la valoración racional.<sup>69</sup> Ambos forman parte del derecho a la defensa y, en México, el derecho a probar también es un componente de las formalidades esenciales

<sup>66</sup> Ferrer, Jordi. *Pruebas*, op. cit., p. 13.

<sup>67</sup> Larry Laudan nos alerta precisando que la veracidad del resultado de un juicio es una condición necesaria, pero no suficiente de justicia. Véase: *Por qué*, op. cit., p. 96.

<sup>68</sup> Taruffo, Michele, op. cit., pp. 81 y 84.

<sup>69</sup> Ferrer, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. España: Marcial Pons, 2007, pp. 52-59.



del procedimiento,<sup>70</sup> que la Corte mexicana ha caracterizado como el núcleo duro del debido proceso.<sup>71</sup> En consecuencia, ese modo de valoración adquiere un estatus destacado. Por estas razones, la valoración probatoria y la exigencia de justificación de la decisión —motivación— no son suficientes para considerar una decisión justa. Como cuestiona Carmen Vázquez, ¿en qué situación queda el ciudadano que está siendo parte de un proceso si, aunque se le asegure un derecho al debido proceso (*in itinere*) y a la prueba, finalmente termina siendo condenado o declarado responsable cuando el juzgador considera a bien que está persuadido, firmemente convencido, etc.?<sup>72</sup>

En este punto es sensato no olvidar que “[...] el derecho a la decisión motivada, también sobre los hechos, y el derecho al recurso forman parte del debido proceso, entonces, resulta imprescindible que nuestros sistemas se doten de estándares de prueba como condición de posibilidad del ejercicio de esos derechos.”<sup>73</sup>

La necesidad de establecer estándares probatorios como contribución al debido

proceso se apuntala al pensar en un caso. Por ejemplo, en un juicio de guarda y custodia, el padre alega inestabilidad emocional de la madre y, por ende, que no es idónea para cuidar a los hijos e hijas. Los dictámenes periciales concluyen que, a diferencia del padre de los niños o niñas, la madre era una persona permisiva con la conducta de sus hijos. En ese caso hipotético se deberá respetar el derecho de los niños y niñas a ser escuchados en el juicio, en el que quizás manifiesten su deseo de vivir con su padre. Después, se puede pensar que la sentencia del caso se resuelve a favor del padre, considerando su motivación en la valoración de las pruebas y los derechos de los niños. El resultado del juicio posiblemente no permitiría dudar que la solución protegió el interés superior de la niñez. Sin embargo, podríamos preguntar, ¿la sentencia tiene como base una valoración probatoria que sirvió solo para el convencimiento interno de la persona juzgadora? La respuesta a esa interrogante quizás sea distinta sin un estándar de prueba para esa materia que con una norma que lo defina. Toda

<sup>70</sup> En varias tesis y jurisprudencias de la SCJN se identifica el debido proceso como formalidades esenciales del procedimiento. Véanse las siguientes tesis:

-Tesis: 1a. CCCXVI/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I, p. 376, Registro digital: 2018777.

-Tesis: 1a./J. 58/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I, p. 181, Registro digital: 2018555.

-Tesis: 1a./J. 22/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 57, Agosto de 2018, Tomo I, p. 834, Registro digital: 2017535.

-Tesis: 2a./J. 74/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 19, Junio de 2015, Tomo I, p. 776, Registro digital: 2009287.

<sup>71</sup> Véase la tesis de jurisprudencia: Tesis: 1a./J. 11/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, febrero de 2014, Tomo I, p. 396, Registro digital: 2005716.

<sup>72</sup> Vázquez, Carmen, *op. cit.*, p. 14.

<sup>73</sup> Ferrer, Jordi, *Prueba sin convicción, op. cit.*, p. 237.

vez que con un estándar probatorio podría quedar más claro que esas pruebas resultaban insuficientes para la corroboración de la hipótesis de la supuesta inestabilidad de la madre. Entonces, el sencillo ejemplo —en el que quizás se están presuponiendo varias cosas— deja claro que un debido proceso implica respetar las reglas sustanciales de

los derechos de las partes, como el derecho a ofrecer pruebas y a escuchar a los niños involucrados, pero que ese debido proceso no se agota solo en convencer a la persona juzgadora, ya que es necesario dotar a la decisión de una corroboración previamente definida en cuanto a grado por el legislador.

## VIII. El contenido de un estándar probatorio objetivo

Se ha apuntado que el estándar de prueba es necesario para la seguridad jurídica y hacer efectivo el debido proceso porque es indispensable tener claro el grado de probabilidad a partir del cual una sociedad está dispuesta a considerar probado un enunciado fáctico. Es decir, no se debe carecer de la definición del grado de apoyo que es suficiente para aceptar por verdadera una hipótesis fáctica, ya que el razonamiento probatorio es probabilístico y la certeza absoluta, respecto a un enunciado fáctico es inalcanzable.<sup>74</sup>

Entonces si tan importante es el estándar de prueba la pregunta es: ¿cómo debe ser este? Así, responder la interrogante implica establecer unas premisas generales sobre esos estándares en la concepción racional de la prueba.

El primer postulado es que el estándar de prueba debe evitar contener un criterio

subjetivo o remisiones a estados mentales o psicológicos del juzgador. Apelar a esas situaciones nada dirá sobre la verdad de un enunciado o hipótesis fáctica o del grado de corroboración de estos.<sup>75</sup>

Jordi Ferrer precisa que ese primer requisito se trata de que las pruebas del caso apoyen objetivamente las distintas hipótesis y, por ello, una de estas alcanza un grado de corroboración.<sup>76</sup>

Ahora, el segundo elemento de un estándar objetivo está relacionado con su misión de indicar con la mayor precisión posible el umbral a partir del cual una hipótesis fáctica se considera corroborada, el cual debe formularse con criterios cualitativos porque el razonamiento probatorio se trata de lógica inductiva.<sup>77</sup> Esto último como un tercer componente del estándar objetivo y, en virtud que la propuesta de estándares probatorios en el modelo probatorio racional lleva a recordar

<sup>74</sup> Ferrer, Jordi, *Prolegómenos*, op. cit., p. 254.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 258.

<sup>76</sup> Ferrer, Jordi, *Prueba sin convicción, Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons, España, p. 33.

<sup>77</sup> Ferrer, Jordi, *Prolegómenos para la teoría*, op. cit., p. 254.

que es imposible alcanzar la verdad absoluta, entonces el razonamiento probatorio “[...] es estructuralmente de tipo probabilístico y sus conclusiones gozarán de una mayor o menor probabilidad de ser verdaderas a la luz de las pruebas disponibles.”<sup>78</sup>

Además, como se escribió antes en este documento, el estándar probatorio es una tarea legislativa que distribuye el riesgo de error entre las partes, por lo que es una decisión político-moral<sup>79</sup> y no de la epistemología. Los errores pueden dar por probado lo que es falso y no dar por probado lo que es verdadero. Por consiguiente, una sentencia con base en alguno de esos errores afecta derechos o intereses de las partes del juicio y nulifica sus expectativas de acudir al proceso para solucionar el conflicto. De ahí, que dependiendo de la importancia que se conceda a los derechos o intereses afectados por cada tipo de error, el estándar de prueba será más o menos tolerante con ese tipo

de error y, en consecuencia, más o menos exigente.<sup>80</sup>

Lo anterior lleva a concluir que el estándar se construye “[...] decidiendo cuál de los dos errores posibles se considera preferible o más asumible y en qué grado estamos dispuestos a asumirlo. Y esta es, en última instancia, una elección política o valorativa.”<sup>81</sup> que se toma pensando en los derechos e intereses que están en disputa en un proceso de cierta naturaleza, es decir, en el objetivo general que tiene un tipo de juicio —más allá del genérico de resolver disputas—.

Además, los estándares objetivos logran dos finalidades aún más trascendentes en los derechos de las partes en juicio, en palabras de Jordi Ferrer (expuestas antes en este texto), contribuyen a una garantía de los litigantes y a la justificación de la decisión de la persona juzgadora. Ambas funciones como se ha sostenido en este trabajo ayudan a la materialización del debido proceso.

## IX. ¿Debemos trasladar los estándares probatorios del derecho comparado a la codificación procesal civil mexicana?

Es posible utilizar alguno de los estándares que se han descrito en este documento, pero su adopción no debe responder al uso reiterado de los mismos en otros países y para ciertos tipos de litigio. Para decidir

sobre la utilización de dichos estándares en el marco jurídico mexicano deben valorarse esas experiencias, identificar y razonar las críticas que han recibido, con la finalidad de determinar la compatibilidad de los

<sup>78</sup> Ferrer, Jordi, *Prueba sin convicción*, op. cit., p. 66.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 261.

<sup>80</sup> Gascón, Marina, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 (2005), p. 127.

<sup>81</sup> *Idem*, p. 131.

estándares analizados frente a la naturaleza de los procesos civiles.

Así se debe considerar la característica del proceso civil, referente a que en el mismo rige el principio dispositivo, pues se presupone que hay una igualdad o equilibrio entre las partes en contienda. Esa semejanza entre los contendientes encamina a pensar que el error se puede distribuir de manera igualitaria entre las partes del juicio. Lo descrito permitiría el uso del estándar “más probable que no”, ya que genera esa distribución y es acorde al objetivo de la búsqueda de la verdad.<sup>82</sup> Sin embargo, en este texto, también se expusieron algunas de las críticas a dicho estándar probatorio. Una de las críticas más fuertes es que:

La noción de preponderancia de la prueba presupone la aplicabilidad al razonamiento probatorio general del denominado principio de complementariedad de la probabilidad de las hipótesis. Este principio supone que la  $Pr(A) + Pr(\text{no-}A) = 1$ . Pero es claro que esto implica también la aplicabilidad del cálculo matemático de probabilidades al razonamiento probatorio jurídico. Si se rechaza, en cambio, esta aplicabilidad y adoptamos un esquema de probabilidad lógica o inductiva, se observa que ambas hipótesis pueden gozar de un nivel de corroboración muy bajo, cercano a

cero (donde cero ya no es la falsedad sino la ausencia total de información corroboradora).<sup>83</sup>

Ante ese peligro para el objetivo de encontrar la verdad en el proceso, “ya no parece tan razonable optar por la preponderancia de la prueba como estándar para el proceso civil, salvo que se esté dispuesto a asumir que una hipótesis puede considerarse probada aun con escasa información a su favor, con tal de que la hipótesis contraria disponga aún de menos información.”<sup>84</sup>

Por los problemas que se han explicado, para establecer un estándar de prueba en materia civil, se sugiere que el legislador no debe limitarse a hacer una copia de la doctrina o la jurisprudencia estadounidenses. Para tal tarea, el legislador puede orientarse por las siguientes preguntas: a) ¿basta con que una explicación de los hechos sea mejor que la otra teniendo en cuenta las pruebas del juicio? y b) ¿basta con que sea la mejor explicación a la luz de las pruebas del juicio o es necesario que esas pruebas sean completas?<sup>85</sup> Las respuestas a esas dos interrogantes contribuirán a generar un estándar probatorio que evite “la debilidad de la sola exigencia del criterio de la inferencia a la mejor explicación, puesto que incorporando el requisito de la completitud del peso probatorio ya no

<sup>82</sup> Bayón Mohino, Juan Carlos, “Epistemología, Moral y Prueba de los Hechos: Hacia un Enfoque no Benthamiano”, en *Revista Mario Alario D’Filipo*, volumen 2, número 4, 2010, p. 488. Disponible en: <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/252/0>.

<sup>83</sup> Papayanis, Diego (coord.), *La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil, en causalidad y atribución de la responsabilidad*, Marcial Pons, 2014, España, pp. 221 y 222.

<sup>84</sup> *Idem*, p. 222.

<sup>85</sup> *Idem*, p. 223.

se produciría la consecuencia de tener que declarar probada una hipótesis con muy escaso apoyo probatorio, únicamente por ser relativamente mejor que su contraria”.<sup>86</sup>

Por otra parte, tratándose de procesos familiares, se debe considerar que no se parte del supuesto de total igualdad entre los interesados en el juicio. Así, parece conveniente que se piense en la idoneidad de un estándar de prueba más exigente, por las consecuencias de los falsos negativos y los falsos positivos. Sin embargo, esas circunstancias no deben generar, en automático, la traslación de un estándar del derecho comparado a México (como podría ser el estándar de evidencia convincente), debido a la posible imprecisión del estándar advertida de las críticas estudiadas.

Entonces, se estima que será más fructífero que el legislador mexicano se adentre a la metodología de generar estándares probatorios objetivos de acuerdo con la política pública que estime más

conveniente para la distribución de los errores en un juicio de esa naturaleza, equilibrándolo con la finalidad de alcanzar la verdad en el proceso y, para que los estándares cumplan con las otras funciones, a saber, como garantía de las partes que les genere seguridad jurídica de cómo deben conducirse probatoriamente en un juicio y el estándar sirva como criterio de justificación de la decisión probatoria del caso y se facilite su evaluación, así como su impugnación de ser necesaria.

No sobra precisar que el establecimiento de estándares probatorios no es una tarea fácil, ni una solución mágica. Sin embargo, conocer de qué trata el tema y qué se tiene sobre el mismo en la doctrina y el derecho comparado es un avance significativo para el debido proceso y su apartado de derecho a la prueba y a la motivación de una decisión, no solo en cuanto al derecho, ya que la parcela de los hechos también es esencial en cada decisión de los juicios.

## X. Conclusiones

La concepción racionalista de la prueba usa la verdad por correspondencia. Lo que significa que un enunciado fáctico del proceso es verdad si corresponde con lo sucedido en el mundo. En esa concepción, no se puede obtener la certeza absoluta.

Para llegar a la más alta posibilidad de certeza, se tienen diversos instrumentos

epistemológicos y reglas procesales. Algunos de estos evitan el error en la decisión y otros lo distribuyen, pues es imposible evitar los errores en el proceso.

El instrumento que distribuye los errores entre las partes del juicio es el estándar de prueba y señala cuál es el grado de corroboración necesario para estimar

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 225.

demostrado un enunciado o una hipótesis fácticos de los contendientes en un proceso. Al encargarse de distribuir los errores de falsos positivos o falsos negativos entre los contendientes, los estándares probatorios no son un instrumento creado o generado por la epistemología jurídica. Estos deberán ser establecidos por el legislador como una política pública plasmada en una norma procesal de cada materia, ello con la finalidad de reflejar la aceptación de la sociedad de cómo distribuir los errores entre las partes de un proceso determinado, atendiendo a la naturaleza de este, a su objetivo, a los intereses y derechos en disputa, y a la finalidad de la búsqueda de la verdad.

Los estándares probatorios son instrumentos para las decisiones de los litigantes antes de iniciar un juicio y al estar en el desarrollo del proceso, ya que permiten saber cuál es el grado de corroboración que necesitarán sus hipótesis fácticas. Y esos umbrales contribuirán a saber si es apegada a derecho la justificación de los hechos probados de las personas juzgadoras en una sentencia, lo que facilitará su control en un medio de impugnación.

Los estándares probatorios son necesarios para todas las clases de juicios y no pueden ser sustituidos por las reglas de la valoración probatoria, al ser cuestiones diferentes que se utilizan en momentos procesales diversos.

Es necesaria la positivización de los estándares, pues la misma tiende a efectivizar los derechos a probar y del debido proceso; de otro modo, se deja la decisión de considerar probado un enunciado fáctico a la probable subjetividad del juzgador. Es decir, la posibilidad de estimar acreditada la hipótesis fáctica de una de las partes del juicio estaría condicionada a que se haya generado convicción en el juzgador. Esto genera una imposibilidad de control intersubjetivo, ya que es difícil saber cuándo se ha generado la convicción en una persona.

En México, las propuestas legislativas de código nacional de procedimientos civiles y familiares no contienen estándar probatorio. Esa carencia no debe ser corregida con el traslado de los estándares probatorios civiles de Estados Unidos, toda vez que estos tienen falencias y no son precisos. Una alternativa para el legislador es acudir a la doctrina especializada en epistemología jurídica y usar sus herramientas y propuestas para crear estándares probatorios objetivos, propios de cada materia.

Establecer en normas procesales estándares de prueba no resuelve o adentra totalmente a un modelo racional de la prueba en los juicios. Sin embargo, tener el tema en el panorama jurídico nacional siembra la reflexión y la importancia sobre los umbrales probatorios y el derecho a probar en el juicio como parte del derecho al debido proceso.

## XI. Referencias

### Libros

- Ferrer, Jordi. *Prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*. Ceji. Pachuca, Hidalgo, México.
- Ferrer, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. España: Marcial Pons, 2007.
- Ferrer, Jordi. *Prueba sin convicción, Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons, España.
- González Lagier, Daniel. *Quaestio facti, Ensayos sobre la prueba. Causalidad y acción*. Fontamara, México.
- Laudan, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo, sobre epistemología jurídica*. Madrid. Marcial Pons.
- Malpas, Donald, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N, Stanford, 2012.
- Melton, Gary et. al., *Psychological evaluations for the courts, a hand book for mental health professionals and lawyers*, The Guilford Press, Nueva York, 3ª ed., 2007.
- Papayanis, Diego (coord.), *La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil, en causalidad y atribución de la responsabilidad*, Marcial Pons, 2014, España.
- Rivera Morales, Rodrigo. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Marcial Pons. Madrid, España, 2011.
- Schiavo, Nicolás. *Valoración racional de la prueba en materia penal. Un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad*. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina.
- Taruffo, Michele. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. 20 Cuadernos de la Divulgación de la Justicia Electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México, 2013.
- Taruffo, Michele, *La prueba, artículos y conferencias*, Metropolitana, Chile, 2009.
- Terence, Anderson y Schum, David, *Analysis of Evidence, Law in Context*, Cambridge University Press.
- Vázquez, Carmen. “A modo de presentación” en *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Marcial Pons. Madrid, España, 2013.

### Revistas

- Brook, James, “Inevitable Errors: The preponderance of the Evidence Standard in Civil Litigation”, vol. 18, N°79, *Tulsa Law Journal*, Oklahoma, 1983.

- Gascón, Marina, *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005).
- Guerra, Alice et. al., “Standars of Proof and Civil Litigation: a Game-Theoretic Analysis”, *The B.E. Journal of Economic Analysis*, Copenhagen, 2016.
- Laudan, Larry. “Por qué un estándar de prueba subjetivo es ambiguo no es un estándar”, en Doxa, Cuadernos de Filosofía, 28 (2005).
- Larrocau, Jorge, “Hacia un estándar de prueba civil”, vol.39, N°3, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, 2012.
- Lluch, Xavier, “La dosis de prueba: entre el common law y el civil law”, N°35, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, 2012.
- Moss, Stephen, “Clear and convincing civility: applying the civil commitment standard of proof to civil asset forfeiture”, Vol.68, N°6, artículo 5, *American University Washington College of Law*, 2019.

### Diccionarios

- US Legal, “Quasi Criminal Law and Legal Definition”, consultado el 27 de mayo de 2020, disponible en: <https://definitions.uslegal.com/q/quasi-criminal/>.

### Revistas electrónicas

- Abel Lluch, Xavier. “Las dosis de prueba: entre el common law y el civil law”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35. Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2012-n35-la-dosis-de-prueba-entre-el-common-law-y-el-civil-law>.
- Bayón Mohino, Juan Carlos, “Epistemología, Moral y Prueba de los Hechos: Hacia un Enfoque no Benthamiano”, en *Revista Mario Alario D'Filipo*, volumen 2, número 4, 2010. Disponible en: <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/252/0>.
- González Lagier, Daniel. *Prueba y argumentación*. “¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 23, 2020. Disponible en: <http://www.rtfed.es/numero23/04-23.pdf>.

- Groetz, David, “Let’s be clear about ‘clear and convincing evidence’”, Canadian Association for Civilian Oversight of Law Enforcement, Halifax, 2007. Disponible en: <http://www.cacole.ca/confere-reunion/pastCon/presentations/2007/DavidGoetz-eng.pdf>.
- Larrou Torres, Jorge. “Hacia un estándar de prueba civil”. *Revista Chilena de Derecho*, volumen 39, número 3, 2012, p. 785. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372012000300008](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000300008).
- Meadow, Robin, “Clear and convincing evidence, How much is enough?”, *California Insurance*, California, 1999, disponible en: <https://www.gmsr.com/wp-content/uploads/2016/06/Clear-and-Convincing-Evidence-How-Much-is-Enough.pdf>.
- Reyes Molina, Sebastián, “Estándares de prueba y ‘Moral Hazard’”. Disponible en: [http://www.catedradeculturajuridica.com/biblioteca/items/1613\\_A/Sebastian\\_Reyes\\_Molina.pdf](http://www.catedradeculturajuridica.com/biblioteca/items/1613_A/Sebastian_Reyes_Molina.pdf).
- Schweizer, Mark, “The civil standard of proof —what is it, actually?”, *The International Journal of Evidence & Proof*, 2016. Disponible en [https://www.markschweizer.ch/wp-content/uploads/2017/09/schweizer\\_civil\\_standard\\_proof.pdf](https://www.markschweizer.ch/wp-content/uploads/2017/09/schweizer_civil_standard_proof.pdf).
- Taruffo, Michele. “Tres observaciones sobre ‘Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’”, de Larry Laudan”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 (2005). Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/tres-observaciones-sobre-por-qu-un-estndar-de-prueba-subjetivo-y-ambio-no-es-un-estndar-de-larry-laudan-0/>.

## Documentos electrónicos diversos

- Centro de Investigación y Docencia Económicas (2015): *Informe de resultados de los foros de justicia cotidiana*, disponible en: [https://imco.org.mx/wpcontent/uploads/2015/04/Documento\\_JusticiaCotidiana\\_.pdf](https://imco.org.mx/wpcontent/uploads/2015/04/Documento_JusticiaCotidiana_.pdf).
- Iniciativa que expide el Código Nacional de Procedimientos Familiares, suscrita por los diputados María Guadalupe Murguía Gutiérrez, María García Pérez Y José Hernán Cortés Berumen, disponible en: [http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2018/02/asun\\_3661547\\_20180206\\_1517953443.pdf](http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2018/02/asun_3661547_20180206_1517953443.pdf).

- Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares y que reforma la ley general de los derechos de los niñas, niños y adolescentes, la Ley General de Población, así como, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en materia de adopción, suscrita por los senadores Yolanda De La Torre Valdez, María Cristina Díaz Salazar, Hilda Esthela Flores Escalera, Enrique Burgos García, Ivonne Liliana Álvarez García, Miguel Romo Medina, Jesús Casillas Romero Y José María Tapia Franco, disponible en: [https://infosen.senado.gob.mx/sbsp/gaceta/63/3/2017-10-31-1/assets/documentos/Iniciativa\\_PRI\\_CNPCF\\_Adopcion.pdf](https://infosen.senado.gob.mx/sbsp/gaceta/63/3/2017-10-31-1/assets/documentos/Iniciativa_PRI_CNPCF_Adopcion.pdf).
- Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, suscrita por los senadores Julio Ramón Menchaca Salazar y Ricardo Monreal Ávila, disponible en: [https://www.senado.gob.mx/64/gaceta\\_del\\_senado/documento/122460](https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/122460).
- LaMance, Ken, “Preponderance of evidence vs. Beyond a reasonable doubt”, 2018, disponible en: <https://www.legalmatch.com/law-library/article/preponderance-of-the-evidence-vs-beyond-a-reasonable-doubt.html>.
- BURDEN OF PROOF — CLEAR AND CONVINCING EVIDENCE (Approved 4/1988), *New Jersey Courts, Burden of proof*, disponible: <https://www.njcourts.gov/attorneys/assets/civilcharges/1.19.pdf?cacheID=GCYZeg9>.
- Federal Civil Jury Instructions Committee – *Burden of proof, Clear and convincing evidence*. Disponible en: <https://www.vtd.uscourts.gov/sites/vtd/files/BURDEN%20OF%20PROOF%20-%20CLEAR%20AND%20CONVINCING%20EVIDENCE.pdf>.
- What is preponderance of evidence? NY Attorney Explains [video], 2010, agosto 3, <https://www.youtube.com/watch?v=Rzrg2KNzYm4>.
- Tesis y sentencias del Poder Judicial de la Federación**
- Tesis: 1a. CCCXLVI/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, diciembre de 2018, Tomo I, p. 376, Registro digital: 2018777.



Tesis: 1a./J. 58/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, diciembre de 2018, Tomo I, p. 181, Registro digital: 2018555.

Tesis: 1a./J. 22/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 57, agosto de 2018, Tomo I, p. 834, Registro digital: 2017535.

Tesis: 2a./J. 74/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 19, junio de 2015, Tomo I, p. 776, Registro digital: 2009287.

## Sentencias de otros tribunales

Reino Unido, Miller vs. Minister of Pensions (1947) 2 ALL ER.

Estados Unidos de América, Colorado vs Nuevo México, 467 U.S. 310, 1984, disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/310/>.