

## Sin convicciones sobre el futuro. Una observación a “Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso” de Jordi Ferrer a propósito de la prueba cautelar

*No Convictions about the Future. Remarks on “Evidence without conviction: standards of evidence and due process” by Jordi Ferrer regarding precautionary evidence*

Jonatan Valenzuela\*

Recepción: 06/12/2021

Evaluación: 26/03/2022

Aceptación final: 13/04/2022

**Resumen:** El trabajo se enfoca en analizar la propuesta de formulación de estándares probatorios realizada por Jordi Ferrer en el año 2021, de cara a la comprensión de las decisiones judiciales en el ámbito cautelar. Se busca provocar una discusión relativa al uso del arsenal teórico de la teoría racional de la prueba, en el contexto de la producción de resoluciones judiciales que adjudican una solicitud cautelar. Se analiza el contexto probatorio cautelar, la necesidad de enfrentar y resolver acerca del futuro, así como la producción de errores del ámbito cautelar como la relación entre el error cautelar y los errores denominados de fondo en el procedimiento.

**Palabras clave:** prueba; estándares de prueba; razonamiento cautelar.

\* Doctor en Derecho, Universitat de Girona, España. Profesor Asociado de Derecho Procesal, Universidad de Chile, Santiago de Chile. Correo electrónico: jvalenzuela@derecho.uchile.cl. El presente trabajo se inserta en el proyecto Fondecyt Iniciación n° 11190442, “La arquitectura probatoria del derecho de daños”.

**Abstract:** The work focuses on analyzing the proposal of evidentiary standards made by Jordi Ferrer in the year 2021, with a view to understanding judicial decisions in the precautionary field. It seeks to provoke a discussion regarding the use of the theoretical arsenal of the rational theory of evidence, in the context of the production of judicial resolutions adjudicating a precautionary request. The precautionary evidentiary context is analyzed, as well as the need to face and resolve the future, as well as the production of errors in the precautionary field, such as the relationship between the precautionary error and the errors called substantive in the procedure.

**Keywords:** evidence; standard of proof; precautionary reasoning.

## 1. Introducción

La teoría racional de la prueba se ha desarrollado de una manera casi sorprendente en los últimos diez años. A pesar de la inercia que existe en la academia procesal sobre los problemas probatorios, es claro que muchas ideas que han sido parte de la agenda intelectual de los teóricos racionales han permeado las discusiones en diversas latitudes.<sup>1</sup>

En el ámbito hispanoamericano sin duda el trabajo de Ferrer ha sido esencial. Esa esencialidad se refleja en la publicación de “Prueba sin convicción, estándares de prueba y debido proceso”.

Por cierto, el libro es un complemento perfectamente diseñado para las obras “Prueba y verdad en el Derecho” (originalmente publicado en 2003) y “La valoración racional de la prueba” (2007). No es poco decir de un autor que pueda mantener una cierta consistencia en tantos años de vida y de debates académicos. Sin duda, estamos ante una obra en sentido estricto puesto que es posible reconocer un ideario defendido por Ferrer cada vez con mayor acuciosidad y precisión.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Sin dudas el mejor trabajo sobre el estado y la expansión de la teoría racional de la prueba es el publicado por Accatino (2019).

<sup>2</sup> Véase Ferrer (2005; 2007). Ambos libros marcaron una agenda en torno a la teoría racional de la prueba en el ámbito hispanoamericano. Es clara la influencia de los trabajos de Ferrer

Nada de esto quita que el potencial mayor de este trabajo es, sin duda, la discusión de los detalles de una teoría de la prueba y en particular de una comprensión sobre la formulación de estándares de prueba.

En este trabajo, en sentido estricto, no pretendo discutir de fondo al autor. Creo que las ideas de Ferrer se defienden por sí mismas con solvencia y creo que el ejercicio académico más honesto que puede hacerse con este trabajo es el de “empujar” las tesis ofrecidas a campos que parecen relevantes para la articulación de una amplia teoría racional de la prueba.

En este caso me parece que el ámbito de la justificación de las llamadas “medidas cautelares” puede resultar importante desde un punto de vista puramente teórico como desde un punto de vista pragmático. El punto de vista teórico más relevante, a mi juicio, está constituido por la necesidad en la que los tribunales se encuentran, cuando resuelven solicitudes cautelares, de hablar acerca del futuro. Es el clásico problema en torno a la idea de peligro en materia procesal.

Creo que existe también una dimensión pragmática en la que esta discusión es relevante. El uso de medidas cautelares es central en el trabajo cotidiano de los tribunales de justicia en el ámbito hispanoamericano. Las discusiones sobre eficiencia y sobre racionalidad de diversos procedimientos pasan persistentemente por las condiciones bajo las cuales los jueces deciden solicitudes cautelares. Creo que esta óptica pragmática puede ser nutrida con un punto de vista básico de la obra de Ferrer: allí donde existan pretensiones de racionalidad debe entenderse concurrente un escenario probatorio. Solo de este modo podrán satisfacerse de un modo efectivo las exigencias vinculadas al debido proceso.

## 2. Los estándares de prueba en etapas intermedias

La construcción de estándares de prueba constituye el desafío más importante de una articulación o comprensión racional de la actividad judicial conforme con las premisas existentes en el trabajo de Ferrer. Desde hace

en el estado de la discusión latinoamericana sobre justificación de la premisa fáctica, puede consultarse el ya mencionado trabajo de Accatino al respecto.

varios años la doctrina de la llamada teoría racional de la prueba ha puesto el acento en la necesidad de construir una comprensión del proceso que sea compatible con la existencia de estándares probatorios objetivos que permitan el control intersubjetivo de la decisión judicial.<sup>3</sup>

Este cometido ha supuesto un intento muy extendido por responder a la pregunta sobre los modos de construcción de estándares probatorios y sobre la manera en que debemos entender el contenido de estas reglas. En gran medida, este es el objetivo del trabajo de Ferrer: ofrecer un intento completo de respuesta a las preguntas esenciales relativas a la formulación de estándares de prueba.<sup>4</sup>

En esa empresa no es extraño que el autor advierta que esta clase de reglas resulten consustanciales al escenario de toda exigencia de justificación racional. Así, ya en una nota al pie Ferrer reconoce que:

En todo caso, vale la pena recordar que esos tres momentos o fases no solo se presentan a nivel macro, teniendo en cuenta todo el proceso y concluyendo con la sentencia final, sino también respecto de otras decisiones intermedias, como por ejemplo las medidas cautelares. (Ferrer, 2021, p. 22, n. 11)

Creo que este pasaje puede ser interpretado como una muestra de conciencia sobre los campos múltiples en los que las exigencias del razonamiento probatorio se despliegan. En todo proceso judicial podemos encontrar diversos contextos probatorios que probablemente exijan formular estándares también diversos.

Quisiera poner a prueba el rendimiento de la tesis de Ferrer en el campo de lo que creo podemos llamar “el razonamiento cautelar”. Creo que este asunto puede ser teóricamente importante: me parece que, en el trabajo de Ferrer, como suele pasar, el acento de la formulación de estándares probatorios mira con intensidad al pasado. Es posible reconocer en el trabajo del autor una comprensión marcadamente retrospectiva en la construcción de

<sup>3</sup> A modo ejemplar para el caso del proceso penal puede consultarse el trabajo de Laudan (2005, pp. 99-101).

<sup>4</sup> Una visión interesante a este respecto ha sido ofrecida por Coloma (2016).

la premisa fáctica y esa comprensión no es del todo pacífica u obvia cuando hablamos de decisiones cautelares.

En algún sentido, la corroboración como acción típica de la prueba jurídica ha sido vista como un ejercicio de indagación desde el presente hacia el pasado. Los enunciados acerca de los hechos del caso permitirían “reconstruir” la realidad en un contexto lingüístico determinado. De esta manera podemos explicar la tendencia por comprender la actividad probatoria como un ejercicio de reconstrucción de narraciones acerca del pasado.

Entenderé por “razonamiento cautelar” al ejercicio desplegado por los jueces en el proceso de justificación racional de las decisiones intermedias llamadas “cautelares” o “medidas cautelares”. Me refiero a aquellas decisiones procesales accesorias e instrumentales al objeto principal del juicio, que son adoptadas atendiendo a criterios tales como el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Me parece que el razonamiento práctico general admite una dimensión de “cautela”, en la que resulta relevante tener en cuenta que en ocasiones se enfrentan decisiones que se justifican con independencia de la decisión de fondo o definitiva.

En el campo jurídico estas decisiones de emergencia, instrumentales a fines procedimentales, suelen tomar la forma de la llamada “tutela cautelar”.

Las medidas cautelares son una manifestación de esta clase de tutela y suelen acompañarse del reconocimiento de la urgencia de ciertos intereses en un contexto del procedimiento. Es decir, parecen describir un escenario particular de decisión judicial en la que debe justificarse el cuidado de un interés jurídicamente relevante sin pretensiones de “definitividad”.<sup>5</sup> Así visto, tendríamos, por una parte, el escenario de la decisión judicial “de fondo” y, por otro lado, el escenario de la decisión judicial “urgente”. Cada uno de esos contextos necesita ser observado desde el punto de vista probatorio.<sup>6</sup>

Creo que los argumentos expuestos por Ferrer pueden ser útiles en el contexto del establecimiento de criterios probatorios en ese ámbito. Este ejercicio supone superar los clásicos eufemismos en materia de análisis

<sup>5</sup> La idea de definitividad suele asociarse a la noción de “cosa juzgada”. Este es el modo más común de entender la pretensión de inamovilidad de las sentencias, véase sobre este asunto Ezurmendi (2021).

<sup>6</sup> Existe una relación, por tanto, entre error de fondo y error cautelar, volveremos sobre este asunto al final del trabajo.

de las medidas cautelares. Es decir, a pesar de que en muchos sistemas jurídicos se suele asociar la decisión cautelar, a elementos “diversos a la prueba” es decir, a antecedentes, datos e información sobre los hechos que no serían estrictamente “pruebas”, creo que se trata de una idea errónea: la prueba concurre donde concurren exigencias de racionalidad y verificación de una premisa de hecho.

En parte, creo que esta clarificación nos permitiría abordar con mayor precisión el problema central del uso de las medidas cautelares, las que sin sujeción a criterios de control intersubjetivos no pueden superar las exigencias del debido proceso tornándose arbitrarias y misteriosas de cara a los justiciables y los abogados.<sup>7</sup>

Como he dicho, no quisiera proponer una visión crítica del trabajo de Ferrer, sino que pretendo ensayar una proyección de los requisitos metodológicos propuestos por Ferrer en el campo cautelar. Creo que el primer paso para una teoría de la prueba del ámbito cautelar debe diseñarse de manera general, es decir, teniendo en cuenta la estructura general de las medidas cautelares civiles, penales o de cualquier ámbito y por tanto su correlación con los supuestos teóricos construidos para la formulación de estándares probatorios.

Así las cosas, utilizaré los presupuestos metodológicos expuestos por Ferrer para dar forma a la exploración sobre condiciones probatorias del ámbito cautelar.

### **3. Capacidad explicativa de los datos**

La capacidad explicativa de los datos supone formular un juicio sobre el sentido de la información disponible en el contexto del razonamiento acerca de los hechos.

Los datos probatorios son vestigios acerca del mundo de los fenómenos físicos. El razonamiento probatorio supone verificar el nivel de confianza depositado en una narración, es decir, en un contexto puramente semántico.

---

<sup>7</sup> Sobre la conceptualización de debido proceso puede consultarse Carbonell y Leletier (2020, pp. 347-380).

Los datos deben ser revisados a la luz de algún criterio que lleve la indagación sobre los hechos y que depende, en gran medida, de la existencia de un umbral que dote de sentido a la decisión sobre los hechos. El trabajo de Ferrer es un trabajo que se aboca a la formulación de un criterio que guía la evaluación de una narración probatoria, este criterio conocido como estándar probatorio, debe permitir cierta organización relativa a los niveles o grados de confianza que el conocimiento acerca de los hechos permite en el contexto judicial.

Los grados de confianza no hacen referencia al conocimiento “empírico” sino que hacen referencia al nivel de confirmación de los enunciados que componen la narración del caso, en sentido probatorio.

El debido proceso, en alguna medida, es un modo de construir una expectativa jurídicamente relevante en torno al ritual de la justicia sobre todo cuando esta se trata de definir los niveles de confianza colectivamente aceptados para sostener que un enunciado acerca de los hechos es verdadero.

La tutela cautelar es un ejercicio jurisdiccional que se encuentra dentro del marco de las expectativas que surgen de la noción de debido proceso. De este modo resulta evidente que toda medida cautelar debe sujetarse a las exigencias de racionalidad propias de toda decisión racional construida sobre la idea de “confianza” en los datos disponibles para confirmarla.

Por más que ciertas legislaciones e incluso alguna doctrina se esfuerzan en intentar conciliar las exigencias del debido proceso a un escenario de decisión judicial desprovisto de los marcos analíticos de la teoría de la prueba, es claro que para adoptar una medida cautelar existen datos, medios, vestigios o evidencias que pueden justificar la decisión cautelar.

El principal cometido en el primer paso metodológico destacado por Ferrer es excluir criterios subjetivos para la decisión. Esto debe ser interpretado como un llamado a la estricta racionalidad de las decisiones procesales, y con ello también de las decisiones sobre cautela.

De esta manera, deberíamos desterrar del campo de las decisiones procesales al convencimiento psicológico del juzgador: del convencimiento psicológico del juzgador sobre  $p$  no se infiere nada sobre la verdad de  $p$  ni tampoco del grado de corroboración que las pruebas aportan a  $p$ .

Por cierto, no se trata de negar la relevancia de la subjetividad en el sentido de mecanismos de acción atribuibles a un individuo, sino de dejar

de lado el mundo de los pensamientos injustificados, es decir, dejar de lado la construcción de decisiones sin control, para reemplazarlo por un escenario objetivamente determinado el campo de la prueba de los hechos.

Así, se trata de reconocer dos ejercicios fundamentales:

- a) ¿Es posible inferir lógicamente la verdad de los enunciados que pretenden justificar la medida cautelar?
- b) ¿Cuál es el grado de corroboración que las pruebas otorgan a la hipótesis que justifica la cautela?

El primero de los puntos mira al establecimiento de conclusiones justificadas desde el punto de vista lógico que permitan afirmar una relación entre los datos o vestigios disponibles y la verdad, en sentido semántico, que podemos asociar a esas conclusiones. Como he apuntado antes, no se trata de una afirmación “empíricamente comprometida”, sino de una afirmación que vincula la existencia de propiedades típicamente lingüísticas a un fenómeno de verdad como correspondencia.<sup>8</sup>

El segundo de los puntos mira al nivel exacto de confirmación que surge de la existencia de un criterio que establece un umbral probatorio con el establecimiento de conclusiones justificadas en el primer sentido. Esto quiere decir que el segundo de los puntos define el destino de una decisión en términos probatorios y por tanto queda también determinado por la necesidad de reconocer una cierta “fisonomía” de la decisión de la que se trata.

En materia cautelar, la decisión judicial se encuentra en posición de enfrentar expectativas “urgentes” y, por tanto, debe construirse como una decisión justificada pero que además responda de manera rápida a la necesidad de tutela judicial. En este sentido, es una clase de decisión urgente que asume una cierta tipología de error probatorio. Ese error probatorio queda definido por la concurrencia de márgenes de incertidumbre propios de la admisión de enunciados probatorios “prospectivos”. Es decir, narraciones relativas a eventos que no han ocurrido por que se encuentran en el futuro.

---

<sup>8</sup> Sobre las diversas teorías de la verdad puede consultarse Nicolás y Frápolli (1997).



El futuro, como objeto del razonamiento humano, no resulta pacífico en tanto escenario para desplegar inferencias probatorias que justifiquen conclusiones en el ámbito de la decisión judicial. Es posible pensar que, en algún sentido, los hechos situados en el futuro, en realidad, no son hechos. La fenomenología de los eventos parece suponer un compromiso relativo al “efectivo acaecimiento” del objeto de nuestra experiencia.

En materia de tutela cautelar, es claro que una serie importante de hipótesis de hecho que justifican la acción judicial se encuentran situadas en el futuro. Esto implica, que los jueces deben razonar con una matriz que les obliga a entender “los hechos” como situaciones que a pesar de que no han ocurrido, pueden conocerse con el mismo grupo de razones con las que se conoce el pasado. El futuro es incierto. Esto quiere decir, que, en algún sentido, el futuro no está compuesto por eventos que podamos “conocer”.

La distinción entre experiencia y conocimiento permitiría, entonces, que asumamos que es posible conocer y, por tanto, justificar decisiones, relativas a enunciados que aluden a hechos que no han ocurrido.

La experiencia, por una parte, y conocimiento por otra, parecen también vincularse a la efectiva existencia de los eventos que sean objeto de nuestro razonamiento. Esto querría decir que la experiencia siempre y en todo caso depende de la efectiva realización de hechos en el mundo natural (incluyendo de este modo hechos propiamente de la naturaleza como hechos atribuibles a agentes). El conocimiento a la experiencia. En materia de prueba lo que puede conocerse, en realidad son enunciados y no fenómenos. Esto permitiría entonces, superar la atadura impuesta por la efectiva realización de los eventos al razonamiento probatorio, Y permitiría, entonces, que asumamos que es posible conocer y, por tanto, justificar decisiones, relativas a enunciados que aluden a hechos que no han ocurrido.

Entonces la pregunta, fundamental en el contexto de las decisiones judiciales, es cómo los datos disponibles en un acervo probatorio propiamente cautelar podrían justificar una decisión en la que de algún modo se afirma que es posible confiar en un enunciado que alude a un evento que no ha ocurrido. Con ciertos matices, esto ocurre a propósito de la noción de “peligro”, que se encuentra presente en el ámbito de la cautela civil como en el ámbito de la cautela penal. El peligro relativo a la distrac-

ción de bienes, o el peligro relativo a la fuga del imputado, el peligro de burlar la efectiva ejecución de la sentencia en materia civil o el peligro de manipular y destruir evidencias tanto en el ámbito civil como penal obliga a los jueces a ofrecer argumentos controlables sobre la capacidad de los datos del presente de confirmar la existencia de un evento en el futuro. Esto es particularmente problemático si se asume, como suele ocurrir, que el razonamiento probatorio en realidad permite ofrecer conclusiones basadas en modelos de probabilidad fenoménica o relativa a eventos y no en modelos de probabilidad relativos al grado de confirmación de enunciados sobre hechos.<sup>9</sup>

Creo que es intensamente importante, entonces, asumir que la fisonomía de la decisión cautelar es capaz de “presionar” el sentido de los datos disponibles, permitiendo al juez usarlos como vestigios que sirvan para confirmar enunciados sobre hechos no acaecidos. Es posible, que en este ámbito lo que los jueces enfrentan, de manera corriente, sea la identificación de patrones o frecuencias de eventos. Las frecuencias aluden a “cadenas” o “relaciones” entre eventos que permiten, en algunos casos, anticipar acaecimientos.

Esa anticipación, pasada la información existente, probablemente sea lo más cercano a un modelo de razonamiento probatorio que sea capaz de aludir a eventos futuros. El futuro es imposible de controlar porque es incierto, y porque en realidad no está compuesto de “eventos”. Los hechos del mundo natural no son en realidad objeto de razonamiento probatorio. Por lo tanto, el razonamiento esperado para los jueces del ámbito cautelar es un razonamiento intensamente comprometido con una visión “semántica” de la verdad. La decisión cautelar, debe justificarse siempre y en todo caso, en la construcción de una premisa de hecho, y esta premisa debe enfrentar el desafío de resolver el puzle de la existencia de frecuencias construidas con enunciados lingüísticos que permitan confirmar razonablemente la existencia de un patrón, que permita a su vez sostener que está justificado esperar que un evento se produzca en el futuro.

---

<sup>9</sup> Esta discusión es muy clara en el ámbito cautelar penal, una propuesta de estándar probatorio en ese campo puede consultarse en Valenzuela (2018).

## 4. Umbral de suficiencia

Una de las funciones centrales del estándar de prueba es determinar un umbral de suficiencia probatoria de manera de definir un criterio que permita el control de la decisión. Solo es posible realizar un control efectivo sobre las decisiones judiciales, en la medida que pueda conocerse el límite exacto a partir del cual el tribunal puede declarar una hipótesis de hecho (globalmente considerada) probada.<sup>10</sup>

Sería discutible que estemos ante un proceso propiamente dicho si no podemos identificar el criterio de suficiencia probatoria, que define a la actividad de incluir, valorar y decidir acerca de los hechos en el contexto judicial. Es un lugar común en la doctrina sobre prueba sostener que una demanda mínima de racionalismo y control intersubjetivo de la decisión depende de la formulación de una regla de estándar de prueba. Esa formulación, entre otros, debe ser capaz de ofrecer un umbral, esto es, debe descifrar con claridad cuánta evidencia es necesaria y qué tipo de evidencia es suficiente para justificar una decisión.

En el ámbito cautelar esto es interesante. La decisión cautelar requiere el establecimiento del umbral de suficiencia relativo a la concurrencia de datos que permitan confirmar, en un nivel aceptable, la justificación de la decisión judicial que por ejemplo supone afectar bienes o intereses personales de las partes en un procedimiento.

Como hemos sostenido anteriormente, a diferencia de lo que ocurre corrientemente en las sentencias “de fondo” existe una sección de la decisión cautelar que obliga a razonar sobre el futuro: el peligro de acaecimiento de un hecho que no ha tenido lugar.

La decisión cautelar entonces tiene al menos dos dimensiones: de un lado, existe razonamiento probatorio vinculado a datos disponibles a medios probatorios que se dirigen a la confirmación de los enunciados propiamente cautelares constituyendo estos un “caso en sí mismo”. De otro

<sup>10</sup> Es conocido el esquema de Ferrer a partir del cual puede distinguirse entre etapa de inclusión de evidencias, etapa de maduración de evidencias, y etapa de decisión propiamente tal. Es en esta última etapa en la que se necesita una regla que permite definir a la decisión relativa a los hechos del caso. Véase Ferrer (2007).

lado, existe una dimensión en la que estos datos existentes deben permitir corroborar una hipótesis sobre eventos situados en el futuro. Como hemos apuntado, el futuro es incierto, es desconocido, no está compuesto por eventos en el sentido en el que habitualmente asumimos que existen esos eventos de cara al razonamiento probatorio en materia judicial. Sin embargo, sabemos también, que la existencia de enunciados capaces de aludir a dimensiones de la realidad situadas en el futuro nos permite sostener también, que los márgenes de racionalidad esperados en el procedimiento se vinculan en realidad, a la confirmación semántica de las aproximaciones disponibles acerca de la realidad.

Si observamos este fenómeno desde la óptica de la intensa vinculación de la prueba como actividad de confirmación de enunciados, podremos advertir que el desafío impuesto a la labor judicial en el ámbito cautelar permite clarificar las coordenadas del razonamiento probatorio en su conjunto. La noción de verdad admitida en el campo de las discusiones jurídicas, comúnmente aceptada como “verdad como correspondencia” permite concebir una actividad probatoria en la que la aproximación colectiva a la realidad sea puramente semántica. El lenguaje es capaz de aludir eventos en un sentido muchísimo más amplio en que la experiencia concreta podría hacerlo. Si podemos “hablar acerca del futuro”, entonces, podemos construir márgenes para el razonamiento acerca del futuro. Hablar sobre el futuro supone un compromiso relativo al conocimiento del futuro. El conocimiento supone prueba.<sup>11</sup>

Entonces, ¿de qué se trata en esa sección la decisión cautelar? me parece que el juez debe determinar con la información disponible la existencia de un patrón o frecuencia que permita anticipar el acaecimiento de un hecho. Debe admitir racionalmente la realización de ese evento. Pero lo que decide no es si ocurrirá un hecho futuro sino si existe, en el presente, prueba suficiente para sostener que la frecuencia concurre.

Creo entonces que la fijación de un umbral de suficiencia es en realidad la definición de un cierto nivel de confianza en la información disponible para sostener que existe una frecuencia o patrón de eventos que permiten,

---

<sup>11</sup> Sobre las diversas teorías de la verdad con impacto en el ámbito judicial, en el razonamiento práctico general puede consultarse Nicolás y Frápolli (1997).

a su vez, esperar que algo ocurra. La frecuencia es un fenómeno que no se deja captar por el tiempo. Esto quiere decir que la identificación de patrones de frecuencias es igual a la afirmación de la existencia de un grupo de eventos relacionados que permiten afirmar grupos de acaecimientos en el pasado, y, por tanto, es posible también admitir niveles de confianza en acaecimientos futuros.

La fijación de un umbral probatorio en materia cautelar debe incluir entonces esta dimensión. Debemos construir estándares de prueba en materia cautelar tanto civil como penal, asumiendo la necesidad de contar con argumentos que permitan conocer frecuencias de eventos que puedan tener lugar en el futuro. Esto quiere decir que la labor judicial no puede quedar detenida tan solo en la verificación o confirmación de enunciados relativos al pasado, esto es, eventos efectivamente ocurridos. Un estándar de prueba cautelar debiese mostrar cierta capacidad del lenguaje para captar hechos en el futuro. En este sentido, el trabajo de Ferrer, es una invitación a intensificar el estudio sobre las condiciones de confirmación de enunciados acerca de ellos. Por tanto, es indudable la utilidad del esquema propuesto por Ferrer de cara a la construcción y formulación precisa del contenido de estos estándares. Por cierto, esta construcción puede variar conforme con la fisonomía del error esperado en la decisión judicial en contextos cautelares diferenciados. No es un objetivo de este trabajo ofrecer esas formulaciones.

## 5. Probabilidad

Uno de los puntos donde el trabajo de Ferrer es particularmente claro, es el relativo a la defensa de un modelo de probabilidad inductiva no matemática. Si bien la defensa ensayada por Ferrer es extensa y profunda, creo que para el objeto de este trabajo debemos centrarnos en la dimensión en la que un modelo de probabilidad es capaz de aludir a eventos o está diseñado, en cambio, para aludir al grado de corroboración de enunciados. Es decir, me parece particularmente importante poner el acento sobre el objeto de las probabilidades como parte de la configuración de un estándar probatorio, esto es, responder a la pregunta sobre confirmación de hechos o confirmación de enunciados lingüísticos en el contexto cautelar.

Es común considerar a la pregunta sobre prueba de los hechos, aún en el ámbito cautelar, como una pregunta dirigida a una confirmación de carácter “empírico”. Una cierta visión anclada en la confirmación de enunciados que se dirigen a la “realidad” no es capaz de describir con claridad el objeto del razonamiento judicial cuando se trata de confirmar enunciados relativos a eventos. Los jueces, habitualmente, deben resolver solicitudes de personas que buscan el amparo de ciertas expectativas de manera urgente incluso, desde cierto punto de vista, de manera previa al inicio del procedimiento en sí mismo.

La pretensión cautelar pone al tribunal en situación de resolver la adecuación de un determinado enunciado sobre hechos que no es exactamente el enunciado sobre los hechos que debe enfrentar al contexto de la decisión de fondo, típicamente la sentencia definitiva. En materia cautelar los jueces tienen que ofrecer argumentos relativos a la justificación de sus decisiones asumiendo los datos existentes, el valor de los vestigios ofrecidos por las partes en su solicitud y la adecuación de esta información a un criterio de estándar de prueba que permita sostener que una proposición deba ser tenida por verdadera, es decir que existe prueba de la hipótesis de hecho “cautelar”.

De este modo creo que la comprensión de la tutela cautelar puede resultar particularmente útil para la propuesta teórica desarrollada por Ferrer. Se trata de una agenda de construcción de estándares probatorios asumiendo la necesidad de satisfacer al “debido proceso”, considerando que es necesario el control intersubjetivo de la decisión. Pero como hemos anunciado antes, esa decisión se basa en la confirmación de enunciados que aluden a eventos futuros es decir se basa en la confirmación de narraciones que en una medida importante no hacen referencia a “hechos”.

Creo que no existe una dimensión en el pasado en la que los sucesos que justifican, al menos en parte, la decisión judicial en materia cautelar hayan en realidad ocurrido. Por lo tanto, se trata de establecer niveles de confirmación de enunciados relativos, como hemos anunciado, a frecuencias o patrones de hechos que se espera se mantengan en el tiempo al punto de poder sostener acaecimiento de hechos en el futuro. Esto, asumiendo además la aparente paradoja por la cual una decisión cautelar justificada puede impedir que la frecuencia o patrón resulte, en el caso concreto, confirmada.

Como sabemos la probabilidad inductiva no matemática nos permite aclarar este problema. Los hechos no son objeto de análisis probabilísticos

en la decisión probatoria. Es decir, en materia de tutela cautelar se trata de verificar los grados de confianza justificados que pueden predicarse de narraciones que sustentan la solicitud de cautela. Esto muestra cómo el razonamiento probatorio —no solo en materia cautelar— se dirige a la confirmación sobre los enunciados en juego en el caso. Nunca pueden probarse, en sentido estricto, hechos. Pareciera que en todo caso de lo que se trata es de confirmar alocuciones relativas a eventos para lo que su situación en el pasado, presente, o futuro puede resultar relevante.

Como ha apuntado Ferrer, cuando hablamos de formulaciones de estándares probatorios objetivos debemos aplicar un tipo de comprensión de la probabilidad pensando en su aplicación a proposiciones, es decir, debemos enfrentar el uso de estándares probatorios de cara al establecimiento de la probabilidad de conocimiento del mundo. El mundo de sentido fenomenológico no es determinante para resolver sobre el grado de conocimiento o confirmación disponible de los enunciados que podemos utilizar para referirnos a los sucesos. Se trata entonces de construir reglas que permitan graduar la probabilidad de que una determinada proposición sea, contextualmente, verdadera.

Visto así, la prueba cautelar no se dirige, en realidad, a “hechos en el futuro” sino a esclarecer el nivel de confianza racionalmente justificado sobre la existencia de una frecuencia que nos permita anticipar su acacimientto.

Lo que resulta ineludible es que no es compatible con las exigencias de racionalidad probatoria mínimas, establecidas por el propio trabajo de Ferrer, mantener un sistema judicial bajo la suposición de la impertinencia del razonamiento probatorio en esta sede. La tutela cautelar supone decidir sobre la libertad o prisión de un imputado, o sobre la afectación intensa de bienes del demandado, de manera de favorecer el cuidado del procedimiento, es decir, se trata de dotar de sentido a la acción de la justicia. No es posible asumir sin más, que este tipo de decisión judicial pueda desplegarse de un modo abiertamente arbitrario. La arbitrariedad es una propiedad central de procedimientos en los que la construcción y justificación de los argumentos de las resoluciones judiciales son deliberadamente ignorados y son, por otra parte, caldo de cultivo para la incidencia de sesgos, estereotipos y prejuicios.

## 6. A modo de conclusión: error de fondo e intermedio

Creo que lo dicho permite comprender las condiciones probatorias de la decisión cautelar en general y se relaciona fuertemente con la propuesta ya identificada de Ferrer. Creo que además es posible reconocer en esa decisión un tipo de error probatorio circunscrito al ámbito cautelar.

Si es correcta la premisa según la cual existe un contexto probatorio en la decisión cautelar, y si es razonable, por tanto, discutir sobre la fisonomía de las reglas y criterios que resultan aplicables a ese ámbito probatorio, entonces, debemos enfrentar una manera de concebir al error en términos probatorios.

Como ya ha sido descrito, se produce un error probatorio cuando se afirma que una hipótesis que debe considerarse verdadera es falsa. Y es también un error sostener que una hipótesis que debe considerarse falsa es verdadera. La producción de errores en materia de prueba debe enfrentarse a través de la construcción de reglas y criterios que permitan aumentar los niveles de conocimiento y confianza justificada en los enunciados sobre hechos del caso. Una regla estándar de prueba no se aboca directamente a la evitación del error, sino que se dirige al establecimiento un umbral de suficiencia probatoria y con ello distribuye el error.

Las características generales del error en materia de prueba pueden encontrarse sin mayores dificultades en el ámbito cautelar. De hecho, si la hipótesis que justifica la cautela debe ser considerada falsa, pero es tenida por verdadera o si la hipótesis de hecho de la cautela es considerada verdadera a pesar de que debe ser observada como falsa, nos encontramos ante un error en términos probatorios. Nos encontramos ante la clásica posibilidad de producción de falsos positivos y falsos negativos.

Podría discutirse si el nivel de incertidumbre aceptada para la producción de decisiones cautelares es por definición mayor al tolerado para la producción de sentencias “de fondo”. Esta intuición arranca de la circunstancia de reconocer al inicio del procedimiento una producción probatoria más débil que la que debiera alcanzarse en la etapa de juicio. Sin perjuicio de que esta intuición pudiese resultar confirmada, no es un argumento para descartar la concurrencia de un escenario probatorio que requiere ser analizado desde la óptica de la producción de un error.



La sección de producción del error más interesante en el ámbito cautelar es aquella que mira al establecimiento de la confirmación de un evento en el futuro. Podría pensarse que esas son las circunstancias capaces de aumentar la probabilidad de error. Pero pareciera que, si nos concentramos en la definición de un ejercicio de corroboración dedicado principalmente a enunciados o proposiciones, resultaría un escenario sin mayor interés. Sin embargo, resulta relevante tener en cuenta que las condiciones de conocimiento de enunciados acerca del futuro se enfrentan a la necesidad de establecer criterios según los cuales podemos admitir el conocimiento de una frecuencia patrón que permita sostener que existe una cadena de acontecimientos y que en esa cadena podemos identificar hechos aún no producidos pero que esperamos que se produzcan. A estos efectos creo que debe integrarse en la discusión relativa a la formulación de estándares probatorios un mayor esfuerzo en clarificar el sentido del término “predicción”. En un sentido, puede producirse un evento desconocido a partir de datos conocidos. En otro sentido la predicción supone anticipar aquello que no ha ocurrido. En sentido estricto ambas operaciones miran a lo mismo: se trata de establecer modos de conocimiento de enunciados acerca de hechos no acaecidos.

El error en materia cautelar tiene otra dimensión. Así como es posible conceptualizar un universo de producción de decisiones en materia cautelar y por tanto es posible conceptualizar un error probatorio cautelar, es también posible advertir que los errores (como los aciertos) en el ámbito cautelar se relacionan con la probabilidad de éxito de la sentencia de fondo. Es habitual en las discusiones entre abogados y jueces a propósito de solicitudes cautelares que se tenga a la vista el impacto que la decisión del juez puede producir para la construcción del escenario del juicio y por tanto de la sentencia.

¿Puede contribuir al aumento de la probabilidad de error de la sentencia un error cautelar? Por ejemplo, si en el procedimiento penal se deniega una solicitud cautelar basada en el peligro de destrucción o manipulación de evidencias (erróneamente) y luego el imputado efectivamente destruye evidencias, entonces la probabilidad de error de la sentencia parece haber aumentado.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Es difícil definir con claridad el nivel de contribución de un error cautelar en una sentencia definitiva. Esto ocurre, principalmente, debido a que la decisión cautelar se dirige, en

Con ello, es posible advertir que en el caso de la formulación de estándares probatorios cautelares puede ser necesario vincular la exigencia probatoria de la cautelar con su posible contribución al error de la sentencia de fondo. Esto supone despejar, entonces, en qué casos esas decisiones pueden verse afectadas o impactadas por esa posible contribución.

La propuesta de Ferrer, además de sólida desde el punto de vista interno, ofrece un campo de estudio a la comunidad jurídica que excede incluso, la ya importante formulación de estándares probatorios en diversos juicios. El trabajo ofrecido permite abrir un campo vasto de discusiones relativa a la producción de errores múltiples, al conocimiento de hechos futuros, al sentido de las narraciones procesales y su confirmación, a la defensa de un modelo de probabilidad inductiva no matemática, entre muchos otros. Se trata, sin duda, de una contribución capital a la discusión de la teoría de la prueba.

En esa medida, la formulación de estándares probatorios cautelares parece central en la comprensión cabal de la tesis propuesta por Ferrer como en el compromiso del respeto por la garantía del debido proceso. Esta vinculación obliga a pensar en el contexto probatorio cautelar y a la posibilidad de controlar las decisiones judiciales desde un punto de vista racional ofreciendo por tanto una aplicación del derecho conforme con las exigencias del mencionado principio.

## Bibliografía

- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora? *Revus*, 39, 85-102.
- Carbonell, F. y Letelier, R. (2020). Debido proceso y garantías jurisdiccionales. En Contreras, P. y Salgado, C. (coords.). *Curso de Derechos Fundamentales* (pp. 347-380). Chile: Tirant lo Blanch.

un sentido, a evitar la realización de un evento, por ejemplo, a evitar la manipulación o destrucción de evidencias. Si la cautela es exitosa, no existirá manipulación ni esa destrucción, pero eso no libra a la sentencia final de enfrentarse a la producción de un error en sentido probatorio. Esta es una cuestión de diseño del procedimiento, cuyo vínculo con la producción del error puede consultarse en Carbonell (2021, pp. 293-325).

- Carbonell, F. (2021). El lugar del error en el diseño de los procesos judiciales. En Carbonell, F. y Valenzuela, J. (dirs.), *Fundamentos filosóficos del derecho procesal* (pp. 293 - 323). Santiago: Tirant Lo Banch.
- Coloma, R. (2016). Los usos de los estándares de prueba: Entre umbrales y prototipos. *Discusiones*, 18(2), 23-51.
- Ezurmendia, J. (2021). Definitividad y cosa juzgada como reglas contraepistémicas en el proceso civil. En Ezurmendia, J. (Dir.) *Proceso, prueba y epistemología, ensayos sobre derecho probatorio* (pp. 539 - 577.). Santiago: Tirant Lo Blanch.
- Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Barcelona: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2008). *La valoración racional de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Barcelona: Marcial Pons.
- Laudan, L. (2005). Por qué un estándar subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa*, 28, 95- 113
- Nicolás, J. A. y Frápolli, M. J. (eds.) (1997). *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Madrid: Tecnos.
- Valenzuela, J. (2018). Hacia un estándar de prueba cautelares en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. *Política criminal*, 13(26), 836-857.