



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA
Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales

Jordi Ferrer Beltrán / Ma. del Carmen Vázquez Rojas / Michele Taruffo

TEORÍA DE LA PRUEBA

EDICIÓN ESPECIAL
2018



Jordi **FERRER**
BELTRÁN

Profesor Titular de
Filosofía del Derecho
de la Universidad de
Girona, España



Ma. del Carmen
VÁZQUEZ ROJAS

Profesora del Área de
Filosofía del Derecho
de la Universidad de
Girona, España



Michele **TARUFFO**

Profesor Emérito de
la Università degli
Studi di Pavia

Jordi Ferrer Beltrán / Ma. del Carmen Vázquez Rojas / Michele Taruffo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA
Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales

Jordi Ferrer Beltrán / Ma. del Carmen Vázquez Rojas / Michele Taruffo

TEORÍA DE LA PRUEBA

EDICIÓN ESPECIAL
2018

PUBLICACIÓN OFICIAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

EDICIÓN Y PUBLICACIÓN INSTITUCIONAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL
ACADEMIA PLURINACIONAL DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

“TEORIA DE LA PRUEBA”

Deposito legal N° 3-1-13-19 PO.

DATOS INSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Dirección: Avenida del Maestro No. 300

Teléfono: (591-4) 64-40455

Web: www.tcpbolivia.bo

DISTRIBUCIÓN GRATUITA

Diseño e impresión:

Conexión creativa • 64-65261 • Av. Germán Busch 505

Sucre - Bolivia

2018

ÍNDICE

| | Pág. |
|--|------|
| Presentación de esta edición | 7 |
| La Verdad y Prueba dentro el Proceso | 11 |
| Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso | 37 |
| La prueba pericial en la experiencia estadounidense..... | 69 |

PRESENTACIÓN

Uno de los temas que ocupa el centro del debate jurídico actual en materia procesal es el razonamiento probatorio. La actividad concreta de todo proceso judicial se sustenta en los principales elementos de la controversia jurídica postulada por las partes legitimadas legalmente. En ese sentido, resulta necesario referir, primero a las partes en contienda, quienes una vez iniciada la tramitación de un proceso buscan que la sentencia se emita de acuerdo a las pretensiones y fundamentos expuestos en su demanda y contestación a la misma, respectivamente; y segundo, aludir al juez quien cumple la función de dirigir la tramitación de todo proceso hasta concluir con la emisión de la sentencia que ponga fin al conflicto jurídico en debate. Entonces, desde la concepción formal, las partes procesales y el juez competente se constituyen en la pieza fundamental de todo proceso judicial, lo contrario implica la inexistencia de la actividad procesal. Y, desde la óptica del ejercicio de los derechos fundamentales, los medios probatorios se constituyen en el elemento esencial para demostrar los hechos descritos que presuntamente vulneran los derechos establecidos por ley.

De acuerdo al art. 115 de la Constitución Política del Estado (CPE), en todo proceso judicial, el Estado, a través de sus autoridades judiciales competentes, tiene

el deber de garantizar a las partes procesales –entre otros– el ejercicio del debido proceso. De la aplicación de este derecho emerge la obligación de motivar las sentencias judiciales. En tal actividad es imprescindible tomar en cuenta la función principal de los elementos probatorios vinculados con la descripción de los hechos jurídicamente relevantes y la fundamentación respectiva. La preocupación del tratamiento de las pruebas en un litigio, principalmente, implica el análisis de su obtención lícita, postulación, producción y valoración jurídica. Algunas respuestas a esa preocupación se encuentran en la presente publicación.

Primero, el reconocido autor italiano, Michele Taruffo, nos presenta su trabajo titulado: “La verdad y prueba dentro el proceso”, en el que expone las concepciones de las teorías del proceso que derivan de la doctrina norteamericana, de la teorías narrativas y de la doctrina europea, y seguidamente, remarca los principales elementos de la teoría de la decisión judicial, la verdad dentro del proceso y la naturaleza de la prueba, enfatizando su valoración jurídica.

Segundo, otro de los reconocidos autores europeos, es Jordi Ferrer Beltrán, quien nos presenta su trabajo titulado: “Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso”, donde de forma clara y profunda expone los elementos de la temática de los poderes probatorios del juez vinculados con los modelos de proceso judicial. En conclusión, el referido estudioso enfatiza “la maximización de las probabilidades de alcanzar la finalidad de la averiguación de la verdad de los hechos fácticos”.

Finalmente, la autora de nacionalidad mexicana, Carmen Vázquez, nos presenta el tema de la prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert, donde se expone principales elementos que explican la aplicación de la prueba pericial en la experiencia del sistema judicial en Estados Unidos.

En la presente publicación científica, el lector boliviano encontrará los elementos que explican el rol de los medios probatorios en todo proceso judicial, cuya finalidad es demostrar la verdad de los hechos fácticos considerandos vulneratorios y que promovieron el inicio de la respectiva demanda judicial.

Ciudad de Sucre, diciembre de 2018

Dr. Petronilo Flores Condori

Magistrado Presidente

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

LA VERDAD Y PRUEBA DENTRO EL PROCESO

*Michele Taruffo*¹

1. Teoría del Proceso

Con el propósito de plantear de manera correcta el problema de la investigación de la verdad dentro del proceso, y por lo tanto de la función que la prueba desempeña en el mismo, es oportuno considerar los principales conceptos de la función del proceso y de la naturaleza de la prueba, ya que en dichos conceptos se plantean diferentes teorías de éste, de la decisión judicial, de la verdad y de la prueba. En esta institución, no se puede realizar un análisis adecuado de todos estos conceptos, sin embargo, el poder realizar un examen conciso de los mismos nos permitirá identificar las soluciones que parecen ser correctas para el problema que aquí se presenta.

Partiendo de las teorías del proceso y dentro de los límites en los cuales dichas teorías son relevantes para el tema que aquí se discute, se puede sintetizar el mismo resumiendo un vasto panorama de opiniones a tres condiciones fundamentales.

Según el primero de éstos conceptos, difundido sobre todo en la doctrina norteamericana, empero considerada en muchos otros ordenamientos jurídicos,

1. Profesor emérito de la Universidad de Pavia y de la Cátedra de Cultura Jurídica, Girona.

* Traducción a cargo de Marco Castiglion. Cónsul Honorario de la República Italiana en Sucre, Bolivia.

el proceso es esencialmente un método para resolver controversias. Una de las formulaciones más coherentes y acreditadas de este concepto, que está en la base de la teoría de los procedimientos adversariales (adversarial proceedings) en los Estados Unidos, ha sido establecida aproximadamente hace un siglo atrás por Roscoe Pound uno de los juristas más famosos y acreditados –según el cual– el proceso se puede comparar a lo que sucede en un torneo deportivo (y no es por nada que Pound, da el ejemplo del baseball). En la teoría *Sporting theory of justice* (Teoría deportiva de la justicia) el fin hacia el cual el proceso se inclina es esencialmente aquél de establecer quién es el vencedor y quién es el perdedor, al igual que –por lo general– el propósito de la administración de justicia no es otro que la solución de los conflictos. Se puede observar entonces, que el proceso obtiene fundamentalmente siempre su propósito, ya que, en cualquier caso, el mismo termina –como generalmente sucede en las competiciones deportivas– con la victoria de una parte y la derrota de la otra. Este concepto adversarial del proceso tiene diferentes implicaciones, como por ejemplo la reducción de la función del juez a jugar el papel de un mero umpire (árbitro), pero lo que interesa más en esta institución es que aquélla no tiene nada en particular que decir en relación a la decisión que concluye el proceso. Como apenas se ha visto, de hecho, la decisión final establece quién es el vencedor y quién es el perdedor, pero se trata simplemente de una suerte de toma de acto de lo que ha ocurrido, o sea que el conflicto termina con la victoria de una parte y la derrota de la otra. Al final de un partido de football, no es el árbitro quien decide qué equipo ha ganado el partido: éste se limita solamente a constatar cuántos

goles fueron anotados por cada uno de los equipos. Así también, en un partido de ajedrez no es el árbitro quien establece quién ha ganado: son los movimientos de las fichas que realizan los dos jugadores que determinan cuál de los dos es el vencedor. En otras palabras, la victoria y la derrota son determinadas por los hechos que han ocurrido en el transcurso de la competencia, no por la aplicación de criterios autónomos de decisión por parte del árbitro.

Un segundo concepto del proceso que se ha ido difundiendo desde hace algún tiempo, se basa en las teorías narrativas, fundadas sobre todo en el pensamiento de Jerome Bruner. Estas teorías, que generalmente utilizan la idea de storytelling (relato de sucesos), tienden a interpretar el proceso como una consecuencia de relatos contruidos por los diferentes sujetos que actúan en el mismo, o sea las partes, los testigos y el mismo juez, con el objetivo de describir los hechos que son relevantes para la decisión. El storytelling (relato de sucesos) proporciona descripciones fidedignas de cómo los relatos son fabricados y de cómo éstos son utilizados dentro del proceso. Otro tema, como se verá más adelante, es si éstas doctrinas proponen una teoría adecuada de la decisión final que concluya el proceso.

Una tercera concepción del proceso, que al parecer se difunde sobre todo en la doctrina europea, admite que ésta tenga como finalidad la solución de los conflictos, sin embargo, se diferencia fundamentalmente de la teoría adversarial al afirmar que el éxito del proceso debe ser una decisión del juez, basada en la correcta aplicación de la ley en los hechos del caso que han dado lugar a la controversia.

2. Teoría de la toma de decisión

Las diferentes teorías de la función y de la finalidad del proceso hacen referencia, en modo más o menos explícito, a los diferentes conceptos de la decisión final. Estas deben, por lo tanto, ser consideradas concretamente, teniendo en cuenta el hecho de que en una argumentación que se concentra en la prueba, interesan sobre todo el modo en el cual se establece la decisión relacionada a los hechos del caso.

La doctrina adversarial no tiene mucho que expresar al respecto, ya que la victoria de una parte y la derrota de la otra derivan directamente –como se ha ya mencionado– en los hechos que han sido verificados en el transcurso de la competencia. Un aspecto importante de esta doctrina, es que la misma no presta ningún interés en el contenido específico de la decisión. Por lo tanto, cualquier decisión es aceptable, con tal de que sea eficaz para resolver el conflicto entre las partes.

Mucho más interesante, es el concepto de la decisión que en diferentes versiones sustancialmente coincidentes surge de las doctrinas narrativas. Como se ha mencionado, éstas doctrinas brindan descripciones fiables del proceso como un conjunto de relatos elaborados por varios sujetos. No obstante, el punto crítico surge, cuando éstas doctrinas vienen formuladas o entendidas de manera radical y pretenden describir de un modo completo todo lo que sucede en el proceso, el cual viene entonces a ser dirigido exclusivamente como un contexto de relatos reales. Se trataría por consiguiente de un “contexto de texto narrativos”, del cual vendría a formar parte también la narración de

los hechos que el juez toma como base de su decisión final. Esta perspectiva determina un modo particular de concebir la decisión sobre los hechos. Si en el proceso existen solo relatos, el problema es el de establecer cómo puede el juez escoger, o determinar él mismo, un relato “final” de los hechos. Entre las diferentes respuestas que se dan a este problema, surge un criterio general con base en el cual el juez debería elegir un buen relato. Esto parecería obvio, si no fuera que la misma enfrenta por lo menos dos dificultades. La primera es que no es posible determinar, en términos suficientemente claros, cuándo un relato es bueno y cuándo no, salvo que se consideren conceptos poco precisos, como la coherencia de la narración, su afinidad con todo lo que se considera “normal” o con lo que deriva del sentido común, con todos los perjuicios y los riesgos de incurrir en el error que esto supone. La segunda es una dificultad aún más grave y es que una story (historia) que parece buena desde el punto de vista narrativo puede ser una descripción falsa o poco confiable de los hechos de los cuales se ocupa. Por lo tanto, el problema es el de establecer si se acepta o no, como base de la decisión del juez, un relato del cual, aparte del texto que lo constituye –no se sabe nada más– sin embargo, parece que se tenga que proponer una respuesta negativa a éste problema.

Las mismas dificultades se presentan en las dos versiones más conocidas de éste concepto. La primera de ellas, afirma que, entre los diferentes relatos reales, el juez debería optar por aquél que viene definido como “inferencia a la mejor explicación”. Es decir, que se trataría de establecer, una vez más, cuál es el

“mejor” relato de los hechos de los que se habla, o sea qué relato da cuenta de manera más coherente de los hechos en cuestión y de lo que se conoce de ellos. No obstante, surge, la segunda de las dificultades de la cual se ha discutido recientemente, ya que nada garantiza un grado de confiabilidad relativamente mejor de esta narración con respecto a las otras. Una consideración similar sirve también para la teoría según la cual el juez debería aprobar el relato “relativamente más plausible” entre los que las partes le han presentado.

Las diferentes versiones de las teorías narrativas de la decisión, tienen en común algunos tratados que merecen ser mencionados posteriormente. El primero de éstos tratados es que, considerando el proceso únicamente como un universo exclusivo de textos narrativos, se excluye cualquier referencia a la realidad de los hechos de los cuales se habla. Al respecto, se puede objetar que el proceso no es una especie de pugna literaria en la cual es premiado el texto que se considera de alguna manera “mejor” respecto a otros disponibles. El proceso se realiza igualmente a través de relatos, pero es un método que se ocupa, sobre todo, de lo que ha verificado o no en el mundo de los hechos reales que representan el origen efectivo de la controversia. Excluir cualquier referencia a la realidad, imitando a Derrida, quien dice que existe solamente el texto y nada fuera él, al parecer es una operación conceptual no aceptable.

El segundo tratado relevante, y el que en el mejor de los casos se adopta como criterio preferido de elección de la narración es la coherencia de la misma. Sin entrar en el problema filosófico y epistemológico

del c.d. coherentismo, aquí puede ser suficiente el considerar que una narración coherente (como por ejemplo una buena novela) puede proporcionar una descripción falsa de los hechos de los cuales se ocupa. Tal criterio abriría, entonces la posibilidad de basar la decisión que concluye el proceso, en una descripción errada y poco confiable de tales hechos. Otra cosa es, en realidad, que se hable de la verdad de un enunciado dentro de la narración, el cual asevera que por ejemplo: es verdad que “Sherlock Holmes vive en Londres en Baker Street”, pero es diferente que se hable de la verdad de la narración, en cuyo caso la misma afirmación es falsa, dado que ni “Holmes ni Baker Street” existen en la realidad.

2.1. Aplicación del derecho.

El panorama cambia completamente si se adopta el concepto, ya difundido en muchos ordenamientos, según el cual el proceso está más bien orientado a resolver controversias, pero debe resolverlas con la toma de decisiones, en las cuales el derecho viene correctamente aplicado a los hechos que han dado lugar al conflicto. Se trata entonces de establecer cuándo y en qué condiciones, el derecho es correctamente aplicado a los hechos del caso.

En tal sentido, un principio que puede ya considerarse como una línea común en la teoría general del derecho, afirma que la norma jurídica tiene fundamentalmente una estructura condicional, compuesta por dos enunciados, o sea una premisa, que establece cuándo la norma puede y debe ser aplicada, y una consecuencia, que define los efectos

jurídicos que deben encontrar aplicación en cada caso por separado. En este punto, es importante subrayar que la premisa consiste generalmente en la definición de un tipo de hecho: definición que, con diferentes enunciados lingüísticos, los cuales coinciden entre sí, se expresa en términos generales (ya que, en principio, las disposiciones normativas son generales y abstractas). En otras palabras: la premisa factual establece la condición, en presencia de la cual se aplica la consecuencia jurídica prevista por la norma. Teniendo en cuenta esto, es bastante sencillo establecer en qué situación se requiere la correcta aplicación de la norma en cada caso concreto: es necesario que en cada asunto se haya verificado un caso específico que corresponde al tipo de hecho definido en la premisa de la norma. Si se ha verificado este hecho en particular, el cual entra en la descripción teórica de la norma, entonces ésta puede y debe ser aplicada en el caso, con el pronunciamiento de la correspondiente consecuencia jurídica. Si, por el contrario, ese hecho no se ha verificado, o se ha verificado uno diferente, dicha norma no puede ser aplicada en tal caso, y si a pesar de eso, es igualmente aplicada, la decisión es desacertada y con vicio jurídico. El control de la relación entre el hecho y la descripción teórica del hecho definida por la norma en términos generales, deriva de una “construcción del caso” que, a veces, puede ser sumamente compleja, y puede conllevar diferentes reformulaciones de los hechos y diferentes reinterpretaciones de la norma, como ya desde hace tiempo ha aclarado la filosofía de la hermenéutica hablando del “círculo hermenéutico” o de la “espiral hermenéutica”, pero este problema no es relevante en esta institución. Lo que aquí interesa

resaltar, es que la decisión que concluye el proceso, debe ser jurídicamente válida, y por lo tanto justa, y es justa cuando la norma es correctamente aplicada en los hechos del caso.

De este modo, el hecho se sitúa al centro de la decisión que el juez debe formular en el cierre del proceso. Por una parte, es el hecho que determina la interpretación de la norma que debe ser aplicada al mismo. Sin embargo, por otro lado, es necesario considerar que el hecho no entra en el proceso dentro de su realidad empírica, por la simple razón que el mismo, por lo general, se ha verificado antes y fuera del proceso. Por lo tanto, el hecho entra en el mismo en forma de relato que varios sujetos introducen en el contexto procesal, como se ha mencionado anteriormente. Al respecto, se pueden aceptar algunos análisis, a veces hasta propuestas más selectas de las teorías del storytelling (relato de historias), pero esto no implica que las conclusiones que estas teorías proponen en torno a la naturaleza de la decisión final sean válidas.

La razón fundamental está en el análisis que se acaba de proponer en relación a la estructura de la norma que debe ser aplicada, y en particular, en relación a lo que se necesita para que ésta sea correctamente aplicada. Cuando se dice que debe haberse verificado un caso que corresponda a la descripción teórica del hecho definida por la norma, se dice en realidad, que es necesario determinar la verdad de un relato relacionada a aquél hecho, ya que solo en este caso se puede decir que el mismo se ha efectivamente verificado y por lo tanto la norma que lo prevé puede ser aplicada de forma

válida. En otras palabras, es la autenticidad de una narración real la que constituye una condición necesaria para la aplicación de la norma, o sea, básicamente, una condición necesaria para la decisión ecuaníme.

Esto implica que surjan diferentes consecuencias relevantes. Por ejemplo, siendo el deber fundamental del juez el tomar una decisión aplicando correctamente la ley, tiene como resultado que el juez debe aceptar la autenticidad de una narración de los hechos, como premisa inevitable para dicha aplicación correcta. Luego, generalizando, se puede decir que, habiendo finalizado el proceso con la formulación de decisiones valederas y justas; entre sus propósitos, entra también, el hallazgo y la determinación de la verdad de los hechos relevantes para la solución de la controversia. Por lo tanto, el proceso tiene de igual forma, una importante función epistémica, orientándose al conocimiento de éstos casos.

3. La verdad dentro del proceso.

La afirmación, según la cual, la determinación de la autenticidad de los hechos sea una condición necesaria para la imparcialidad de la decisión, requiere de algunas apreciaciones.

Ante todo, cuando se habla de “verdad de los hechos” se está utilizando una expresión sintetizada que deberá ser explicada. Como ya se ha mencionado, los hechos no entran en el proceso de su realidad material, sino no tendría sentido hablar de la autenticidad o falsedad de un suceso: el mismo sucedió o no sucedió, pero en sí mismo no es verdadero ni falso. En realidad,

el hecho entra en el proceso a través de los relatos de varias personas: y es entonces que la verdad es imaginada en el mismo, no como una suerte de entidad metafísica, sino más bien como posible calidad de descripción real: en el fondo, es el enunciado que describe que el hecho sea verdadero o falso. Lo que permite considerar como irrelevantes a la mayor parte de los conceptos filosóficos que entienden la verdad como una entidad (que, según los casos, es considerada posible o inexistente) y se aplica para considerar la verdad como una índole de propuestas descriptivas.

El problema se convierte, entonces, en el de establecer qué se entiende por verdad de la descripción de un hecho. En este punto, no se pueden discutir las diferentes teorías propuestas en relación a la verdad a nivel filosófico, pero al parecer, sería razonable adoptar un concepto aleatorio y realístico de la verdad, según el cual, una descripción real es verdadera si corresponde a la realidad del hecho que lo describe. En el fondo, se trata del concepto de la verdad como equivalencia, concepto que data de la época de Aristóteles pero que viene elaborado y aceptado también en la filosofía actual. Desde ya, se ha convertido en un pensamiento común la definición de Alfred Tarski por el cual el concepto de que “la nieve es blanca” es verdadero solo si lo que dice el concepto se refiere al color real de la nieve. En otras palabras, se dice que es la realidad del hecho del cual se habla el que determina si lo que se dice de ese hecho es verdadero o falso. El concepto de verdad como equivalencia parece ser coherente con lo que se dice de la investigación de la verdad como condición de justicia en la toma de decisión, siendo evidente –como

ya se ha mencionado anteriormente– que el proceso y la decisión que lo concluye se concentran en los hechos que se suponen sucedieron en el mundo real, ya que, es a estos hechos que se debe aplicar el derecho.

Obviamente que la aceptación de este concepto de la verdad, implica una premisa de carácter filosófico bastante desafiante, o sea la certeza de la existencia de la realidad externa al sujeto que la describe. No es para tomar a la ligera, el hecho de que se ponga a menudo en discusión la duda de la existencia de la realidad, e incluso no faltan obras filosóficas que la niegan. Si se adoptasen estas teorías, no se podría aceptar la idea de la verdad como coincidencia, porque se negaría la existencia de la realidad a la cual deberían corresponder los relatos. Aunque parece que en el horizonte filosófico estén reafirmandose, y con buenas razones, algunas orientaciones realísticas, por lo tanto, resulta justificada la aceptación del concepto de verdad como corresponde a la realidad de los relatos relacionados.

Existe todavía otro problema, el cual es necesario tener en cuenta, al menos porque el mismo surge muy a menudo en el pensamiento de muchos abogados procesalistas. Se trata de la distinción entre la verdad absoluta y la verdad relativa, que es filosóficamente problemática, pero a menudo apelada para el proceso, originalmente sobre la base de una equivocación conceptual. Este nace del hecho de que muchos piensan en la verdad solamente como verdad absoluta, pero observan que en el proceso hay límites de diferente naturaleza que impiden la detección de la misma, y que concluyen por lo tanto que, en el proceso, no se puede descubrir ninguna verdad absoluta. De igual

modo se propone con frecuencia la distinción entre la verdad “procesal”, o “formal”, o sea una suerte de no-verdad obtenida en el proceso, y la “verdadera” que podría ser demostrada solamente fuera del proceso. El error conceptual que está en la base de éstas teorías es doble: de un lado se supone que exista solo la verdad absoluta, mientras es evidente que no existen verdades absolutas, ni siquiera en la ciencia, y por lo tanto ésta idea absolutista de la verdad carece de fundamento. Por otro lado, es indiscutible la posibilidad de comprobar la verdad relativa, como sucede en todos los campos de la experiencia, y está claro que ésta posibilidad se consigue también en el contexto del proceso, no diferentemente de cuanto se verifica fuera de él. Por lo demás, en el contexto del proceso, la idea de una verdad absoluta no es del todo carente de sentido: está claro que dicha verdad no puede ser comprobada, pero la misma constituye de todas maneras un ideal regulador que sirve para orientar los comportamientos tanto de las partes como el del juez en las actividades cumplidas en la decisión sobre los hechos. Se puede decir, de hecho, que la decisión fundada en una verdad relativa debe inclinarse a aproximarse lo más posible a este ideal.

Por lo tanto, puesto que en el proceso se consiguen solo verdades relativas, será necesario realizar una precisión referente a esta calificación. No se trata, en realidad, de recaer en ninguna de las diferentes doctrinas del relativismo subjetivo, según las cuales cada sujeto conoce y razona en base a sus características personales, psicológicas y culturales, con la consecuencia de que cada sujeto alcanza a crear su propia verdad individual

(o sea, con la consecuencia de que nadie cae en error). La relatividad de la verdad de la cual se habla en el proceso (como fuera del mismo), va, más bien, en sentido objetivo, o sea en relación a la cantidad y calidad de las informaciones sobre las cuales se basa el conocimiento de un hecho, es decir, la conclusión en torno a la verdad de un concepto real. Se trata de un principio epistemológico de carácter general, que naturalmente es válido de igual forma en el contexto del proceso. Se entiende entonces que esta verdad es relativa por el grado de valoración que el enunciado recibe de la información disponible en el contexto específico en el cual se debe establecer la verdad o la falsedad. Dentro del contexto del proceso, estamos hablando de las informaciones que son proporcionadas por las pruebas adquiridas en cada caso en particular, y vale el principio de la maximización del “peso probatorio”, o sea de la adquisición y la valoración de todas las pruebas disponibles, como condición para conseguir el grado más elevado de confirmación del enunciado.

El carácter relativo de la verdad, del cual se habla incluso en el proceso, viene a menudo descrito y analizado en términos de probabilidad, en el sentido que la fiabilidad del enunciado real que se trata, puede ser más o menos probable según el grado de confirmación que se le atribuye al mismo sobre la base de las pruebas. Este uso lingüístico no es del todo equivocado, pero a este propósito es necesario hacer una aclaración importante. La misma es necesaria ya que, desde hace un tiempo, es bastante difundida una teoría según la cual la confirmación de la verdad del enunciado sería

determinada aplicando el cálculo de la probabilidad cuantitativa (o de Pascal), particularmente sobre la base del c.d. “teorema de Bayes”. Así, se dice, que sería imposible establecer cuantitativamente, con un resultado expresado con un número que va de 0 al 10 o de 0 al 100, la variación de la probabilidad determinada por la introducción de una nueva información (o sea de una nueva prueba), respecto a la probabilidad que se conocía previamente. El análisis de esta teoría, que ha dado lugar a una lectura bastante más amplia y discusiones muy interesantes, no es posible realizarlo en esta institución. Basta observar que existen buenas razones para pensar que el cálculo de la probabilidad bayesiana no sea en realidad aplicable a la gran mayoría de los casos concretos, y por lo tanto no pueda ser considerado como un modelo tendencialmente general de razonamiento probatorio. Esto no implica que no sea posible hablar de la verdad que se alcanza dentro del proceso en términos de probabilidad, pero con la condición de que se haga referencia a la probabilidad lógica (o baconiana) y no a la probabilidad cuantitativa.

4. Naturaleza de la prueba.

Las consideraciones desarrolladas hasta ahora, determinan el contexto dentro del cual se afronta el problema consistente en definir la naturaleza y la función de la prueba dentro del proceso. Es, no obstante, oportuno distinguir dos aspectos de este problema, que van analizados separadamente: el primero tiene que ver con la prueba comprendida como “fuente de información”, o sea como “medio de prueba” (Medio de prueba, Beweismittel, moyen de preuve, evidence) y el segundo se refiere a la prueba como “resultado”

relacionado a la verdad demostrada de un enunciado real (prueba, Beweis, preuve, proof).

La prueba entendida como medio de prueba puede ser constituida por cualquier persona, cosa, hechos, grabaciones, reproducciones, documento, los cuales proporcionen informaciones útiles para establecer la verdad o la falsedad de un enunciado factual. Inmediatamente, surge, por lo tanto, la noción de “utilidad” que debe caracterizar el medio de prueba: se trata de una prueba en el mero sentido de la palabra, si la misma es relevante, o sea si proporciona informaciones que sirven para garantizar el hecho del cual se trata. Si falta este requisito, es decir, si las informaciones que arroja no son útiles para este propósito, no se puede ni siquiera hablar en sentido propio de medio “de prueba”.

En el fondo de esta noción tan general, se encuentran frecuentemente muchas distinciones que no vale la pena considerar en detalle, pero una de éstas, muy difundida en la doctrina procesal, merece algún comentario. Se trata de la distinción entre la prueba directa y la prueba indirecta. Se define como “directa” la prueba que tiene como objeto inmediato el hecho principal que se trata de probar, como en el caso de un testimonio que se realiza sobre ese hecho o un documento que lo representa, mientras que, se considera como “indirecta” la fuente de información que se refiere a otro hecho y requiere que se formule una inferencia del mismo que se considera “secundario” al hecho principal, como en el caso del indicio o de la presunción simple. Se trata de una distinción banal, que, pero puede inducir en error si se considera – como mayormente sucede– que la prueba directa no

requiera ninguna operación lógica y que no solo la prueba indirecta se funda en su inferencia. En realidad, contrariamente, incluso la prueba directa requiere de un razonamiento de deducción: suficiente será considerar que son necesarias diferentes deducciones para establecer la credibilidad de un testigo o la autenticidad de un documento.

Además, merece atención una concepción bastante difundida en la doctrina procesal, según la cual la prueba tendría una función esencialmente persuasiva, dirigida a convencer al juez creando en su mente una opinión acerca de la veracidad de la descripción del hecho del cual se trata. Esta teoría corresponde a la noción retórica de la prueba, según la cual ésta no sería otra cosa que el argumento finalizado para crear en el juez un convencimiento relacionado a dicho hecho. Al respecto, se puede de todas maneras, observar que esta concepción, si bien difundida, no tiene nada que ver con todo lo que se ha dicho líneas más arriba a propósito de la investigación de la verdad de los hechos como condición necesaria de justicia de la decisión. De hecho, la persuasión retórica no está de ningún modo relacionada con la investigación de la verdad: la convicción que ésta crea cuando tiene un efecto positivo en la mente del receptor no tiene nada que ver con la verdad de la cual éste (en este caso: el juez) se convence. Es obvio, en efecto, que se pueda estar convencido, a veces con un alto grado de persuasión, por declaraciones completamente falsas: basta pensar en la fuerza persuasiva que tienen muchos mensajes publicitarios o muchos discursos políticos. La idea de que la prueba sea un instrumento retórico no

es del todo sin sentido: ésta corresponde, de hecho, al uso desmedido que hacen los abogados de las pruebas en el contexto del proceso. El abogado no tiene ninguna obligación de investigar la verdad (y normalmente enfrenta solo la prohibición de la mentira y la falsedad consciente) y por lo tanto no se sirve de las pruebas de las cuales dispone para ayudar al juez a determinar la verdad de los hechos: lo que el abogado trata de hacer, incluso por medio de las pruebas, es persuadir al juez para que dé la razón a su cliente, independientemente de lo que requeriría una decisión basada en la verdad de los hechos.

En cambio, como se ha mencionado antes, es el juez quien tiene el deber fundamental de investigar la verdad de los hechos (mientras que no tiene ninguna obligación de “dejarse persuadir” por las pruebas producidas por las partes y sus abogados). Y es con base en las pruebas adquiridas para el proceso, y solamente éstas (estando en vigencia la prohibición del c.d. recurso a su “ciencia privada”) que el juez debe fundar una decisión relativa a la verdad de los hechos. Se ve entonces que, para el juez, la prueba no tiene en absoluto una función meramente persuasiva, y tiene en cambio, una función esencialmente epistémica, tratándose del instrumento del cual él debe servirse para conocer la verdad relativa de los hechos de los que se trata. Bajo este perfil, entonces, el proceso no puede ser considerado simplemente como una competencia retórica entre abogados, y –como se ha ya mencionado– va, al contrario, entendido como un método epistémico, finalizando la investigación de la verdad sobre la base de las pruebas que en el mismo se adquieren.

4.1. *Valoración de la prueba.*

La prueba, como demostración de la verdad de un enunciado real es el resultado de un procedimiento, que puede ser también muy complejo y que tiene su momento fundamental en la valoración de las pruebas, o sea en el juicio que el juez formula considerando todas las informaciones que las pruebas han producido, para establecer si la verdad de lo enunciado aparece justificada con base en esas informaciones. Aquí no es posible analizar este procedimiento en su complejidad efectiva, pero vale la pena mencionar brevemente dos aspectos importantes del mismo.

Un primer aspecto deriva del hecho que en la doctrina existe una tesis según la cual la valoración de las pruebas es, o debe ser holística, o sea debería consistir en una consideración inmediata, homogénea y unitaria de todas las pruebas disponibles. Esta teoría ha sido propuesta originalmente en el intento de describir la psicología del jury (jurado) norteamericano en el acto con el cual los jurados valoran la prueba, pero resulta popular también fuera de ese contexto, ya que, de la valoración de este tipo se habla también en algunas de las teorías narrativas de la decisión, citadas anteriormente. No está claro si esta concepción de la valoración probatoria corresponda a la realidad, pero parece evidente que la misma no sea fácilmente aceptable, más que todo porque no dice nada significativo sobre el razonamiento con el cual, jueces y jurados deberían formular su juicio en relación a las pruebas. Por lo tanto, parece ser más aceptable considerar una concepción analítica, de la respectiva valoración, en la cual el juez debe tomar en consideración de manera individual, y

uno a uno los medios de prueba, estableciendo cuál es su confiabilidad y determinando la cantidad y la calidad de la información que resulta de cada prueba. Esto no implica, evidentemente, que esta valoración no deba ser completa, pero, la misma, debe concluir con una compleja reconstrucción final que –por así decir– “reúnan” los resultados cognoscitivos de todos y cada uno de los medios de prueba.

Otro aspecto muy importante, se refiere en cierto sentido a la naturaleza de esta valoración. Comenzando de una ley francesa de 1791, que, de hecho, se ha ido difundiendo en la doctrina procesal –sobretudo– en relación al proceso penal, y no solamente –una concepción según la cual la valoración de la prueba, y por lo tanto la decisión final de los hechos, debería basarse exclusivamente en la plena convicción del juez o del jurado. Se trataría entonces de una especie de autoanálisis psicológico y moral, o sea de una introspección realizada por el sujeto que debe decidir con el fin de alcanzar la “certeza”, tal vez “absoluta”, en torno a la verdad de los hechos. Sin discutir si esta concepción sea confiable, de la que es normal llegar a dudar, es necesario, de todas maneras, observar que la misma establece la valoración de las pruebas como un acto absolutamente subjetivo y esencialmente arbitrario, ya que de esa convicción plena no se puede conocer –ni controlar– nada, colocándose la misma, precisamente, en el fuero interno del sujeto que decide. Al respecto, se puede observar que la idea de una valoración irracional de las pruebas es hasta hoy bastante difundida, y no solo en la cultura penalista francesa. Hasta cierto punto, de hecho, la misma puede reconectarse a la concepción

holística de la cual se acaba de hablar, y también a la concepción “persuasiva” de la prueba, pero –de todos modos– ésta surge aquí y allá en otros contextos, y también –al parecer– en la praxis de diferentes tribunales en diferentes ordenamientos.

A esta doctrina, que no puede ser aceptada siendo legítima la irracionalidad y la arbitrariedad de la decisión de los hechos de la causa, al contrario, se puede contraponer una concepción racional de la valoración de las pruebas, pensamiento que tiende a ser aceptado en numerosos ordenamientos, sobre todo en civil law (derecho civil). Recordaremos, por ejemplo, que las reglas de la crítica sana de la cual se habla en los ordenamientos jurídicos de lengua española (como por ejemplo en los arts. 169 y 393.2 del último código de procedimiento penal peruano) son precisamente “reglas” que deben ser aplicadas en la valoración de las pruebas, y se trata de las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia común. Asimismo, donde no haya formulaciones normativas, explícitas, de todas maneras, se afirma que la discrecionalidad del juez en la valoración de las pruebas debe ser “guiada” por la aplicación de los criterios racionales que justifiquen lógicamente el juicio final que el juez llegue a formular. Esta concepción “racionalista” se vincula con la concepción analítica de la valoración de las pruebas de las cuales se habló líneas atrás, en el sentido en el que el juez debe examinar cada medio de prueba estableciendo qué conclusión del mismo deriva racionalmente, posteriormente debe formular la valoración final compleja aplicando criterios de carácter racional.

Se deduce que la valoración analítica y racional de las pruebas requiere la formulación de un razonamiento que se desarrolle de modo estructurado y con criterios verificables: se trata en realidad de un conjunto complejo de deducciones con las cuales se conectan lógicamente entre sí sus diferentes propuestas, hasta formular un razonamiento con el cual el juez organiza las informaciones que posee, controla la fiabilidad y deriva en conclusiones en torno a la verdad o falsedad de los enunciados factuales que son objeto de su decisión. La lógica proporcional provee también al juez los instrumentos y los modelos de deducción que pueden y deben ser utilizados en cualquier decisión que pretende ser racionalmente justificada.

Es necesario observar que esta concepción se relacione directamente con la posibilidad real en la que sea ejercida una de las garantías fundamentales de la administración de justicia, representada por la necesaria motivación de las decisiones judiciales. Tal garantía exige, especialmente en relación a la decisión sobre los hechos, que tal decisión sea justificada de manera racional. Parece evidente, entonces, que solo la concepción analítica y racional de la valoración de las pruebas consienta al juez fundamentar su decisión sobre las pruebas, con argumentos y deducciones que sean verificables de manera lógica, y por lo tanto le permita implementar la garantía de la motivación de manera efectiva.

Bibliografía

Abel Lluch, X., *Las reglas de la sana crítica*, Madrid, 2015.

Amsterdam, T. G., - Bruner, J.S., *Minding the Law*, Cambridge, Mass.-London, 2000.

Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione, a cura di M.De Caro e M.Ferraris, Torino, 2012.

Bruner, J.S., *Making Stories. Law, Literature, Life*, Harvard Un. Press, 2002.

Conoscenza e verità, a cura di M.C.Amoretti e M.Marsonet, Milano, 2007.

D'Agostini, F., *Introduzione alla verità*, Torino, 2011.

D'Agostini, F., *Realismo? Una questione non controversa*, Torino, 2013.

Damaška, M.R., *Evidence Law Adrift*, New Haven-London, 1997.

Degrees of Belief, F.Huber and Ch.Schmidt-Petri eds., Konstanz, 2009.

(El) *Derecho probatorio y la decisión judicial*, Medellín, 2016.

Di Donato, F., *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, Milano, 2008.

(The) *Dynamics of Judicial Proof. Computation, Logic, and Common sense*, M-MacCrimmon and Peter Tillers eds., Heidelberg-New York, 2002.

Eco, U., *L'invisibile. Perché è falso che Anna Karenina abitasse in Baker Street*, in Id., *Sulle spalle dei giganti*, Milano, 2017, p.181 ss.

Ferraris, M., *Manifesto del nuovo realismo*, Bari, 2012.

Ferrer Beltrán, J., *Prova e verità nel diritto*, tr.it., Bologna 2004.

Ferrer Beltrán, J., *La valutazione razionale della prova*, tr.it., Milano, 2012.

Garbolino, P., *Probabilità e logica della prova*, Milano, 2014.

Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, 1999.

Haack, S., *Evidence and inquiry. A pragmatist reconstruction of epistemology*, exp.ed., Amherst, NY, 2009.

Haack, S., *Evidence Matters. Science, Proof and Truth in the Law*, Cambridge, 2014.

Ho, H.L., *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth*, Oxford, 2008.

Hruschka, J., *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, tr.it., Bologna, 2009.

Kagan, R.A., *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Cambridge, Mass.-London, 2001.

Kirkham, R.L., *Theories of Truth. A Critical Introduction*, Cambridge, Mass.-London, 1995.

Laudan, L., *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006.

Marconi, D., *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino, 2007.

Nance, D.A., *The Burdens of Proof. Discriminatory Power, Weight of Evidence, and Tenacity of Belief*, Cambridge, 2016.

Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.

Nuevas tendencias del derecho probatorio, 2º ed., H.Cruz Tejada coord., Bogotá, 2015.

Pizzi, C., *Diritto, abduzione e prova*, Milano, 2009.

Stein, A., *Foundations of Evidence Law*, Oxford, 2005.

Taruffo, M., *El hecho y la interpretación*, Santiago-Chile, 2011.

Taruffo, M., *Fatti e prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M.Taruffo, Milano, 2012, p.3 ss.

Taruffo, M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992.

Taruffo, M., *La prueba*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.

Taruffo, M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009.

Taruffo, M., La valutazione delle prove, in *La prova nel processo civile*, p.207 ss.

Taruffo, M., Verdad y proceso, in *Derecho y verdad. IV. Problemas*, G.Sucar y J. Cerdio Herrán Eds., Valencia, 2017, p.791 ss.

Tuzet, G., *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2013.

Twining, W., *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2nd ed., Cambridge, 2006

Vattimo, G. *Addio alla verità*, Roma, 2009.

Vattimo, G., *Della realtà. Fini della filosofia*, Milano, 2012.

Williams, B., *Truth and Truthfulness. An Essay in Genealogy*, Princeton-Oxford, 2002.

LOS PODERES PROBATORIOS DEL JUEZ Y EL MODELO DE PROCESO

*Jordi Ferrer Beltrán*²

1. Introducción

Las dos primeras décadas de este siglo XXI han estado marcadas desde el punto de vista jurídico por una efervescencia de las reformas procesales, tanto en España como en la mayor parte de los países latinoamericanos, y a raíz de ello, también por un cierto revival de algunos viejos debates. Uno de ellos es el de la conveniencia de otorgar poderes probatorios al juez y, en caso de que se hayan otorgado, de la oportunidad de ejercerlos y de sus límites.

Tanto en España como en Latinoamérica se han alzado voces radicalmente contrarias al otorgamiento de esos poderes y a su ejercicio, con un impacto importante en nuestra cultura jurídica³. No pretendo

2 Profesor titular de filosofía del derecho de la Universidad de Girona (España), director de la Cátedra de Cultura jurídica y del Máster en Razonamiento Probatorio de esa misma universidad. Para este trabajo he contado con el apoyo del proyecto de investigación “Prueba y atribución de responsabilidad: definición y contrastación del daño” (DER2014-52130-P), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad. Estoy en deuda con Carolina Fernández Blanco, Mercedes Fernández López, Jordi Nieva Fenoll, Diego M. Papayannis y, especialmente, con Carmen Vázquez por sus útiles comentarios a una versión previa de este trabajo. Quiero agradecer también los comentarios recibidos en el marco del Simposio de Derecho Probatorio organizado por la Universidad de Cartagena (Colombia) y el XXXVIII Congreso del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, en los que presenté una versión previa de este trabajo.

3 Vid, por todos, Montero Aroca, J.: “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba, 2000, Madrid: Consejo General del Poder Judicial; Montero Aroca, J.: Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad,

en este artículo analizar los concretos argumentos de un autor u otro, sino mostrar más bien la insuficiencia de los argumentos habituales y señalar la necesidad de un debate que abandone instrumentos de trazo grueso y adopte más bien el bisturí analítico, adoptando clasificaciones de poderes probatorios más precisas y tomando como punto de partida un debate sobre los modelos de proceso.

Lejos de usar el bisturí, las grandes críticas a los poderes probatorios del juez se caracterizan muy habitualmente por un tratamiento muy grueso de los problemas implicados: i) una grosera confusión ideológica y hasta histórica, asimilando los sistemas procesales que otorgan poderes probatorios a sistemas políticos autoritarios⁴; ii) un tratamiento unitario de los poderes probatorios del juez, habitualmente reducido a la capacidad de ordenar pruebas de oficio, y en todo caso merecedor de un rechazo general; iii) la apelación a la pérdida de imparcialidad como argumento contra los poderes probatorios; y iv) la negación de la búsqueda de la verdad como objetivo para la prueba en el proceso judicial.

Valencia: Tirant lo Blanch, 2001; Alvarado Velloso, A.: *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Bogotá: Temis, 2004; y, en Italia, Cipriani, F.: “Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan”, en *Rivista di diritto processuale*, 2003.

4 Vid. Montero Aroca, J.: “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, *op. cit.*, p. 29 ss. Una certera crítica al respecto, puede verse en Oteiza, E.: “El juez ante la tensión entre libertad e igualdad”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2002 (número extraordinario), p. 220; y en Taruffo, M.: “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en Taruffo, M.: *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 159 ss.

2. Modelos de proceso

Evidentemente, detrás de la discusión sobre la conveniencia de otorgar poderes probatorios al juez hay un modelo de juez y de proceso judicial, que pocas veces se manifiesta expresamente y más raramente se justifica: un modelo de proceso como competición entre las partes en el que el juez debe ser el árbitro que determine el ganador, sin que deba importarle quién sea, en nombre del principio dispositivo, en el proceso civil, y de la imparcialidad judicial, en el penal⁵.

Sin embargo, claro está, ese no es el único modelo de juez ni de proceso judicial. Mirjan Damaška ha planteado una dicotomía entre dos grandes modelos de proceso: aquél dirigido a la resolución de conflictos y aquél dirigido fundamentalmente a la implementación de políticas públicas mediante la aplicación del derecho previamente establecido por el legislador⁶. El primero de ellos tiende hacia un ideal de justicia procedimental⁷, en el que el juez juega un papel de árbitro de una contienda de la que es espectador necesariamente pasivo, en la que son las partes quienes gobiernan el proceso, determinando su objeto, estableciendo los hechos en disputa y los que quedan

5 Se trata de lo que Roscoe Pound denominó ya en 1906 como concepción deportiva de la justicia y cuya exageración consideraba una de las causas de la insatisfacción popular con la Administración de Justicia. Vid. Pound, R.: "The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice", reimpresso en 35 Federal Rules Decisions, 241, 1964, p. 281.

6 Que serían reflejo de dos modelos de Estado, el reactivo y el proactivo, respectivamente. Vid. Damaška, M.: *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 71 ss.

7 Damaška, M., op. cit., pp. 102-103. En el mismo sentido, Jolowicz, J.A.: "Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure", en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, abril 2003, p. 285.

fuera del litigio, delimitando las pruebas sobre las que se tomará la decisión y determinando el resultado del proceso mediante su actuar procesal, especialmente en la práctica de las pruebas. Además, claro está, aunque no es incompatible con ella, resolver el conflicto no requiere como finalidad la búsqueda de la verdad sobre los hechos ocurridos⁸

En cambio, si se pone en el centro de la mesa un modelo de proceso gobernado por el objetivo de la correcta aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en la legislación sustantiva, sea esta civil, penal, laboral, etc., esto exige de la institución probatoria que se dirija a la averiguación de la verdad. Sólo si se atribuye la consecuencia jurídica prevista para quien cause daño a un tercero a quien lo haya causado realmente y no se aplica a quien no lo haya causado podrá decirse, en definitiva, que el proceso ha cumplido con su función de aplicar el derecho vigente⁹ y, de este modo, implementar las políticas públicas que el Estado busca conseguir a través del derecho.

Pero entonces el juez ya no puede ser un espectador pasivo de una competición entre las partes respecto de la que le es indiferente quien gane. Al juez le tiene que importar que gane el proceso quien deba

8 Damaška, M., op. cit., pp. 122-123.

9 Como ha mostrado Caracciolo (vid. Caracciolo, R.: “Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial”, en *Análisis filosófico*, vol. VIII, núm. 1, 1988, p. 43), no hay forma de “aplicar” una norma general a un hecho distinto del previsto en el propio antecedente de la norma y tampoco se aplica la norma cuando el enunciado fáctico que describe la ocurrencia del hecho es falso. En otros términos, en esos casos, la norma individual contenida en el fallo de la sentencia no está justificada por las premisas de partida. Vid. también al respecto Hernández Marín, R.: *Razonamientos en la sentencia judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 105 y ss.

ganarlo de acuerdo con la regulación vigente y con los hechos acaecidos en el mundo. En otros términos, la imparcialidad exige indiferencia entre las partes, pero no neutralidad entre la verdad y la falsedad: exige que se busque la verdad con independencia de a qué parte beneficie¹⁰.

Partiendo del primer modelo de proceso, mucho se ha discutido acerca de las ventajas e inconvenientes de abordar la gestión y resolución de conflictos a través del ámbito de lo jurídico o bien a través de los, por ello llamados, métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR, por sus siglas en inglés). Se analizan en esa sede si esos otros métodos (negociación, mediación, conciliación, y hasta el arbitraje) ofrecerían mejores soluciones y, en su caso, más estables, más rápidas o más eficientes que aquellas que puedan ser aportadas por el proceso judicial.

Si se asume el segundo modelo de proceso (vinculado a un modelo de Estado activista), en cambio, una forma promisorio de abordar el problema es considerar que es el derecho, y no el proceso, el que debe ser considerado un método de resolución de conflictos. Podríamos así concebir el derecho como un mecanismo social ideado para prevenir, gestionar y resolver conflictos sociales¹¹.

10 En el mismo sentido, Abel Lluch, X.: *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona: Bosch editor, 2005, p. 160; Picó Junoy, J.: *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Bosch editor, 2007, p. 112; y Jolowicz, J.A.: "Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure", op. cit., p. 286.

11 Esto no es incompatible con otras tesis funcionales del derecho que pongan el acento en el control social, en la seguridad jurídica, en el monopolio de la violencia, etc. Todas ellas podrían ser, desde esta perspectiva, funciones secundarias que

Desde esta óptica debemos preguntarnos cuál es la diferencia, si la hay, entre ese método de resolución de conflictos que es el derecho y todos los demás métodos con los que generalmente se trabaja. Entender bien esa diferencia permitiría replantear de nuevo la discusión acerca de las ventajas e inconvenientes del derecho, no ya del proceso, y de los ADR como métodos de resolución de conflictos.

A mi entender cabe sostener que lo que caracteriza al derecho, por diferencia de cualquier otro método de ADR es que aquél pretende resolver conflictos mediante normas generales y abstractas. Esto tiene importantes implicaciones, puesto que supone, por ejemplo, que los conflictos que aborda el derecho son conflictos genéricos y no individuales. Esto es, no un conflicto definido por coordenadas espacio-temporales, sino una clase de conflictos definida por alguna propiedad común. Esto incide de forma crucial en qué va a ser considerado un valor a los efectos de calificar a una solución como adecuada para un conflicto.

En efecto, trabajar mediante el mecanismo de las reglas generales y abstractas para abordar la prevención, gestión y resolución de conflictos genéricos supone poner el acento, en primer lugar, en la igualdad de soluciones para todos los conflictos individuales que pertenezcan a una misma clase. Eso no quiere decir, necesariamente, que se sostenga una fuerte ideología igualitarista en sentido material, sino más bien que la clasificación genérica de los conflictos y la atribución de soluciones por parte del derecho permite, en principio,

servirían al objetivo fundamental de prevenir, gestionar y resolver conflictos.

asegurar la igualdad formal y la seguridad jurídica. Y ésta última, entendida como posibilidad de prever las consecuencias jurídicas establecidas para las acciones de forma previa a su realización, ejerce la función de prevención de conflictos, a la vez que de garantía de la aplicación de las políticas públicas con las que se pretenden resolver esos conflictos¹².

En esa lógica, cada proceso judicial individual no puede en ningún caso tener autonomía para la atribución de soluciones individuales a los conflictos que se les planteen, divergentes de las soluciones genéricas previstas por las normas. Si así se hiciera (y cuando así se hace) fallaría la seguridad jurídica, de modo que fracasaría la previsibilidad de las soluciones. Por ello, resulta extraño a este método de resolución de conflictos el reconocimiento del valor del acuerdo de voluntades.

Los denominados ADR, en cambio, ponen el acento en el valor del acuerdo¹³. Así, una solución

12 Debe advertirse que el proceso judicial sea, en este modelo, un mecanismo de aplicación al caso concreto de las políticas públicas implementadas por el derecho no es exclusivo del denominado derecho público. También a través del derecho privado se implementan políticas públicas, determinando el alcance de la autonomía individual, las consecuencias jurídicas del ejercicio de esa autonomía y, en ocasiones, preestableciendo la solución para determinados conflictos en los que el Estado decide no otorgar autonomía a los particulares. Sobre este punto puede verse, por ejemplo, aplicado al derecho de daños, Papayannis, D.M.: El derecho privado como cuestión pública, Bogotá: Universidad Externado, 2016, p. 203 ss. Y aún si no se admite el carácter, al menos parcialmente, público del derecho privado, de ahí no se infería el carácter privado del proceso judicial de derecho privado. En otros términos, la disponibilidad del proceso, característica de la mayoría de los procesos de derecho privado, no exime del carácter público al proceso y de su función de aplicación del derecho. En este sentido, entre otros muchos, puede verse Devis Echandía, H.: “La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo”, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, n° IV, 1967, p. 68; y Picó Junoy, J.: El juez y la prueba, op. cit., p. 104 ss.

13 Salvo, claro está, el arbitraje. En ese caso, no obstante, la solución sigue siendo

para un conflicto es valiosa si ha sido adoptada por el acuerdo de las partes; la negociación, la conciliación, la mediación, etc., son sólo los mecanismos para llegar a ese acuerdo. Con los debidos matices, no hay nada que objetar al acuerdo alcanzado si éste es libremente asumido por las partes y resulta para ellas satisfactorio.

Como puede observarse, pues, las lógicas del derecho y de los ADR son absolutamente distintas tanto desde el punto de vista de su técnica de resolución de conflictos como de los valores a los que se da preferencia. Eso no implica, por supuesto, que el derecho desconozca el valor de la autonomía individual y el valor del acuerdo para la solución de los conflictos. Implica, más bien, que el legislador adopta una decisión previa: deja a la autonomía las decisiones particulares que no le interesa regular y opta por la regulación jurídica para los conflictos que considera relevantes jurídicamente¹⁴. Cabe, además, la posibilidad de que se reconozca eficacia jurídica a los acuerdos adoptados en uso de la autonomía individual allá donde el derecho calla sobre el fondo de los asuntos. Pero esa es sólo una técnica secundaria de aseguramiento de la paz

una solución individual para un caso o conflicto individual, de forma que la solución será valiosa si se adapta a las especificidades concretas del caso, cosa que no ocurre en el caso de las soluciones jurídicas. Por otro lado, conviene advertir que normalmente se matiza que no todo acuerdo es admisible para los ADR, sino sólo acuerdos calificados por el respeto a ciertas condiciones de fair play procedimental, pero ello no obsta al punto esencial de mi argumento, i.e., que el criterio fundamental de corrección es el acuerdo entre las partes del conflicto individual y no la aplicación de reglas generales preestablecidas.

- 14 A veces también se adoptan soluciones intermedias, permitiendo a las partes (o a alguna de ellas) decidir si se aceptan la aplicación de la regulación jurídica o prefieren una solución distinta. Es el caso, por ejemplo, de la regulación jurídica de la sucesión intestada (aplicable sólo en el caso en que el causante no haya realizado testamento), o de los delitos de acción privada (que sólo se enjuician bajo el impulso procesal de quien afirma haber sido perjudicado por el delito).

social. Lo relevante es si el legislador ha considerado necesario regular genéricamente una clase de conflictos por ser éstos de interés público, o bien los ha dejado al albur del acuerdo voluntario de las partes.

3. La búsqueda de la verdad

La posibilidad de implementar políticas públicas a través del proceso judicial, como ya se dijo más arriba, presupone que las consecuencias jurídicas a través de las que se desarrollan las políticas se apliquen a los casos previstos por el propio derecho. Si en el proceso se atribuye la responsabilidad civil al más fuerte y no al causante del daño o se sanciona a quien no cometió el delito o el ilícito administrativo, entonces quedará totalmente frustrada la pretensión de guiar la conducta e implementar políticas a través del derecho.

Si una de las funciones principales del derecho es la implementación de políticas a través de la regulación de la conducta, el cumplimiento de esta función requiere que en el proceso se apliquen las consecuencias jurídicas previstas en las normas si, y sólo si, se han producido efectivamente los hechos condicionantes de esas consecuencias. Para ello, la prueba como actividad tiene la función de comprobar la producción de esos hechos condicionantes o, lo que es lo mismo, de determinar el valor de verdad de los enunciados que describen su ocurrencia. Y el éxito de la institución de la prueba jurídica se produce cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos, por lo que puede sostenerse que la función de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos¹⁵.

15 En el mismo sentido, entre otros, Taruffo, M.: *La prova dei fatti giuridici*. Milano:

Pensemos por un momento en una alternativa radical a esta reconstrucción. Supongamos que la consecuencia jurídica prevista (la sanción, por ejemplo) se atribuyera aleatoriamente. Así, los órganos encargados de la adjudicación jurídica podrían realizar un sorteo para determinar cada mes quién debe ser sancionado, fijando un número de sanciones también aleatorio. Está claro, que en esa situación, no habiendo ninguna vinculación entre las conductas de cada uno de los miembros de esa sociedad y la probabilidad de ser sancionado, no habría tampoco razón alguna para comportarse de acuerdo con lo establecido por las normas jurídicas. Dicho de otro modo, sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios. Sólo podrá influirse en la conducta de los hombres y mujeres para que no maten si, efectivamente, el proceso cumple la función de averiguar quién mató y le impone la sanción prevista por el derecho.

Por todo ello, la prueba como actividad procesal tiene la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de esos hechos condicionantes.

Giuffrè 1992, p. 373; Lombardo, L.G.: “Ricerca della verità e nuovo processo penale”, en *Cassazione penale*, 1993, p. 752; Ubertis, G.: *La prova penale. Profili giuridici de epistemologici*. Torino: Utet Libreria, 1995, p. 4-5; Andrés Ibáñez, P.: “«Carpintería» de la sentencia penal (en material de «hechos»)”, en *Poder judicial*, nº 49, 1998, p. 395.

Ahora bien, asumido que la averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria en el proceso judicial¹⁶, también lo es que ese no es el único objetivo. Como bien señala Van Fraassen¹⁷, decir que algo es la finalidad de una institución o actividad, no excluye que existan otras finalidades o propósitos. Y éste es el caso de la regulación jurídica de la prueba, que en muchos casos puede ser entendida como la imposición de excepciones a las reglas de la epistemología general en aras de la protección de otros valores, que comparten protección jurídica con la averiguación de la verdad¹⁸. Así, por ejemplo, puede mencionarse el interés por la celeridad en la toma de una decisión que resuelva el conflicto planteado y que lo haga definitivamente, la protección de los derechos individuales, el secreto de determinadas comunicaciones (como la que se dé entre abogado y cliente), la protección de la paz familiar o de la libertad religiosa (permitiendo, por ejemplo, no declarar en ciertas condiciones al cónyuge del imputado o al sacerdote), etc. Pero que en ocasiones entren en conflicto nuestros objetivos y que debamos

16 Mayor detalle en los argumentos puede verse en Ferrer Beltrán, J.: *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 55 ss.; y en Ferrer Beltrán, J.: *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 29 ss.

17 Vid. Van Fraassen, B.C.: *The Scientific Image*, Oxford: Oxford University Press. Citado por la traducción castellana de Martínez, S.: *La imagen científica*, México D.F.: Paidós-UNAM, 1996, p. 24.

18 En el mismo sentido, por todos, Bentham, J.: *Traité des preuves judiciaires*, editado a partir de manuscritos por Dumont, E., Paris: Hector Bossange, 1830. Citado por la traducción española de Ossorio, M.: *Tratado de las pruebas judiciales*, Granada: Comares, 2001, p. 395; Rescher, N. y Joynt, C.B.: "Evidence in History and in the Law", en *The Journal of Philosophy*, vol. LVI, 13, 1959, p. 568; Twining, W.: *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2ª ed., Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1994, p. 205.

postergar alguno de ellos respecto de esa situación no implica en absoluto que dejemos de tener el objetivo que hemos postergado e incluso que no tenga un valor fundamental en nuestra actuación.

4. Procesos centrados en las partes y centrados en el juez

Es muy habitual plantear una correlación, cuando no una implicación, entre el modelo de proceso judicial dirigido a la averiguación de la verdad con el proceso inquisitivo y, a su vez, entre la negación de ese objetivo y el proceso adversarial¹⁹. Sin embargo, como bien ha señalado Taruffo, esta asimilación esconde una destacable confusión en el uso del término “inquisitivo”, con una carga emotiva también reseñable, que lo vincula con el modelo propio de la Santa Inquisición, “en cuyos procesos la persona investigada no tenía ningún poder de defensa frente a un tribunal omnipotente (...), con la finalidad de generar una valoración negativa sobre todo aquello a lo que viene referido”²⁰.

19 Vid., por todos, Montero Aroca, J.: Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad, op. cit., p. 116 ss.

20 Taruffo, M.: “Los poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, op. cit., p. 160. No es esta la única caricaturización o deformación de la realidad que está en la base del rechazo a todo poder probatorio del juez. Una buena muestra la encontramos en la deformación del clásico brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, por el muy distinto *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, en el que se añade sin decirlo el requisito de que las alegaciones y pruebas sean de aportación de parte. Sobre la deformación del brocardo clásico en su recepción por la procesalística alemana y de ahí por la italiana, española y latinoamericana, véase el excelente estudio de Picó Junoy, J.: El juez y la prueba, op. cit., p. 43 ss. También al respecto, Nieva Fenoll, J.: “La cattiva reputazione del principio inquisitorio”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, a. LXVIII, fasc. 3, 2014, p. 947 y ss.

Por ello, estimo acertada la propuesta de prescindir de ese planteamiento y sustituirlo por una escala en cuyos extremos podríamos situar respectivamente un modelo de proceso centrado en el juez y un modelo centrado en las partes²¹.

Evidentemente, el modelo de proceso como mecanismo de resolución de conflictos, vinculado a un rol pasivo del juez, se situaría en el extremo que dejaría la iniciativa y la conducción del proceso íntegramente a las partes.

Sin embargo, el modelo de proceso como mecanismo de implementación de las políticas públicas contenidas en el derecho no está comprometido con ninguno de los extremos y más bien conlleva precisamente su rechazo.

El punto de partida, como no puede ser de otro modo, será siempre en quién queremos depositar la iniciativa de activar el proceso judicial. Dependiendo del tipo de proceso o jurisdicción en que nos encontremos podemos optar por situarla enteramente en las partes (en aplicación del principio dispositivo) o en el juez o en alguna combinación entre ellas. Pero una vez activado el mecanismo del proceso judicial, el modelo de proceso que aquí se ha defendido supone que éste está guiado, por lo que a la prueba se refiere, por el objetivo de la averiguación de la verdad²². Por ello,

21 Vid. Taruffo, M.: *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 109 y ss.

22 Como bien señala Nieva Fenoll (“La cattiva reputazione del principio inquisitorio”, op. cit., p. 947 y ss.), conviene mantener separados el principio dispositivo y el principio de aportación de parte. El primero incluiría el poder de iniciar el proceso y de continuarlo, así como la determinación del objeto del proceso. El segundo, en cambio, supondría que sólo las partes pueden aportar pruebas al proceso para acreditar sus alegatos fácticos. Es claro que las razones para fundar o rechazar

deberemos preguntarnos cuál es el reparto de poderes probatorios entre las partes y el juez que resulta más adecuado para la consecución de ese objetivo.

5. Los poderes probatorios del juez y de las partes

Para abordar la relación entre los poderes probatorios de las partes y del juez y el objetivo de la averiguación de la verdad es necesario evitar dos simplificaciones muy habituales. En primer lugar, debe rechazarse de plano la asimilación entre un modelo de proceso dirigido a la averiguación de la verdad y el proceso íntegramente centrado en el juez (o, si se prefiere, el proceso inquisitivo). Por un lado, es evidente que permitir la aportación de pruebas de parte (sin por ello negar necesariamente poderes probatorios de oficio al juez) es un buen mecanismo para mejorar la riqueza del acervo probatorio con el que se dirimirá el proceso, puesto que las partes suelen tener conocimiento de pruebas, y acceso a ellas, que pueden ser muy útiles para la averiguación de la verdad. Por otro lado, la participación de las partes en la práctica en contradictorio de las pruebas (que no excluye tampoco necesariamente la participación del juez) es también

cada uno de esos principios son diversas, pudiéndose perfectamente sostener uno sin el otro, lo que impone la necesidad de no confundirlos (vid. Nieva Fenoll, *ibidem*, p. 952 y las referencias allí citadas). Es muy interesante también integrar en este punto la jurisprudencia que en materia de derecho del consumo ha desarrollado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: así, contra la imagen del juez pasivo, el Tribunal ha promovido la declaración de oficio por parte de los jueces de cláusulas abusivas no alegadas por las partes, siempre que ello resulte del expediente judicial (lo que limita incluso el poder exclusivo de las partes de delimitar el objeto del proceso), en aras de la efectividad de las políticas públicas de protección de los consumidores. Vid. al respecto una buena presentación y análisis en Nieva Fenoll, J.: “La actuación de oficio del juez nacional europeo”, en *Diario La Ley*, N° 9000, Sección Doctrina, 14 de Junio de 2017.

un mecanismo cognoscitivo de gran valor para mejorar el conjunto de elementos de juicio del proceso, tanto cuantitativamente (mediante la presentación de pruebas sobre la prueba, por ejemplo), como cualitativamente (aportando información sobre la fiabilidad de pruebas ya incorporadas al expediente).

En segundo lugar, a pesar del plural de la expresión “poderes probatorios del juez”, el debate al respecto suele centrarse en la facultad de ordenar de oficio la práctica de pruebas no solicitadas por las partes. Ello, en mi opinión, supone una reducción excesiva del tema en análisis. Resulta necesario, en cambio, poner en contexto esa potestad con otros poderes probatorios en el procedimiento.

Porello, una vez rechazadas las dos simplificaciones mencionadas, conviene hacer un mapa de los poderes probatorios en el proceso judicial. A partir de ahí, podrá y deberá estudiarse qué reparto de poderes probatorios entre las partes y el juez es más adecuado para el objetivo de la averiguación de la verdad. No lo serán, desde luego, las opciones que se sitúan en los extremos: ni un proceso que otorgue todos los poderes probatorios al juez ni uno que los atribuya por completo a las partes son los más aptos para la persecución del objetivo de la averiguación de la verdad. La participación de las partes es imprescindible, como ya se dijo anteriormente, pero sus intereses no tienen por qué coincidir con la averiguación de la verdad ni con la implementación de las políticas públicas a través del proceso, lo que hace necesario equilibrar la balanza con poderes probatorios del juez. Desde el punto de vista del diseño procesal, el objetivo deberá ser, pues, buscar ese equilibrio en

el reparto de los poderes probatorios que maximice las probabilidades de averiguar la verdad sobre los hechos en el proceso.

Pues bien, para hacer un mapa (no necesariamente exhaustivo) de los principales poderes probatorios, creo que deben registrarse, al menos, seis poderes, independientes entre ellos, que cada legislación puede o no otorgar (y con mayor o menor amplitud):

- 1) La potestad del juez de admitir o inadmitir las pruebas propuestas por las partes. Por supuesto, en línea de principio, esa potestad puede estar reglada a través de criterios claros que no apelen a aspectos subjetivos del juzgador, en cuyo caso podríamos estar hablando aquí simplemente de una discrecionalidad en un sentido muy débil: aplicar los criterios al caso concreto exige siempre discernimiento para subsumir la situación planteada en el caso en los criterios generales. Sin embargo, en ocasiones la legislación o la jurisprudencia otorgan al juez una potestad discrecional en un sentido más fuerte, i.e., la que resulta de la indeterminación del derecho. Un ejemplo del primer tipo es la potestad de inadmitir pruebas que, aunque tomadas aisladamente serían relevantes, son redundantes si se ponen en relación con las demás pruebas aportadas. Por supuesto, la aplicación del criterio de exclusión de la redundancia requiere de un análisis del conjunto de las pruebas presentadas que sólo puede hacer el juez en el caso concreto.

En cambio, un caso de indeterminación en

relación con la admisibilidad de las pruebas es, por ejemplo, el recurso a las necesidades del juez como criterio para la admisión de pruebas periciales²³. Un efecto parecido puede producirse cuando el legislador menciona únicamente el nomen juris de diversos criterios de admisibilidad, sin que su contenido sea claro, sin aportar una definición de los mismos y sin que sea obvio siquiera que se trate de criterios distintos. La utilización conjunta, indefinida e indiscriminada de la relevancia, utilidad, conducencia, pertinencia, etc., es un buen ejemplo de ello²⁴.

- 2) La capacidad del juez de intervenir en la práctica de la prueba, especialmente por lo que hace a las pruebas personales (testificales y periciales, especialmente), formulando preguntas, pidiendo aclaraciones, solicitando de los deponentes mayores detalles o precisiones. Y, por el otro lado, la potestad de las partes de delimitar con sus preguntas el objeto de la declaración.

23 Evidentemente, si se interpreta el criterio en el sentido de que la prueba pericial será admisible cuando el juez estime que necesita el conocimiento experto para decidir, ello deja en manos del juez y sin control posible alguno la potestad de admitir o inadmitir la prueba a su entera voluntad. Un análisis de este criterio puede verse en Vázquez, C.: “La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales”, en *Doxa*, 38, 2015: p. 119 ss. Agradezco a Carmen Vázquez la indicación de este poder probatorio del juez.

24 En este sentido, puede verse un análisis de los criterios de admisibilidad de la prueba en el proceso penal mexicano en Vázquez, C.: “Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica”, en *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, nº 11, 2017, p. 358 y ss. Nieva Fenoll, por su parte, destaca la paradoja de que “la mayoría de quienes critican la prueba de oficio en el proceso civil no hayan dirigido las mismas objeciones hacia la actividad de admisión de la prueba, que es enteramente oficiosa” (Nieva Fenoll, J.: “La cattiva reputazione del principio inquisitorio”, op. cit., p. 965).

En este punto, adquiere central importancia la implementación del principio de contradicción como un mecanismo epistemológico para determinar la fiabilidad de las pruebas y no como un instrumento para escenificar la disputa entre las partes²⁵. Se trata de concebir la tarea del juez integrada en el desarrollo del principio de contradicción: este, en efecto, no se agota en la oposición entre las partes y, mucho menos, en una escenificación oral de una disputa retórica entre ellas, sino que es un instrumento cognoscitivo crucial para la posterior evaluación de la fiabilidad de las distintas pruebas²⁶.

Por otro lado, también debería definirse el modo y el alcance con el que las partes podrán ejercer sus potestades probatorias en este punto, también a través de su participación en la contradicción. Así, si la premisa de partida es que el objetivo es la averiguación de la verdad sobre los hechos objeto de la declaración testifical, la psicología del testimonio, por ejemplo, nos enseña que no todas las formas de llevar a cabo el interrogatorio inciden del mismo modo en la fiabilidad de la información obtenida, por lo que deberían regularse las modalidades de ejercicio de la facultad de las partes y del juez de interrogar en atención a la maximización de esa fiabilidad²⁷.

25 Para mayor detalle al respecto, vid. Ferrer Beltrán, J.: La valoración racional de la prueba, op. cit., p. 86 ss.

26 Sobre la participación del juez en la contradicción respecto de la práctica de las pruebas periciales, por ejemplo, puede verse Vázquez, C.: De la prueba científica a la prueba pericial. Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 177 ss. y 255 ss.

27 Sobre las enseñanzas empíricas sobre la fiabilidad del testimonio y el impacto de los distintos modos del interrogatorio es imprescindible Diges, M.: Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Madrid: Trotta, 2016.

- 3) La capacidad del juez de indicar a las partes lagunas probatorias que estas deberían integrar, pudiendo incluso determinar qué concretas pruebas deberían aportar y no han aportado al procedimiento. Esta posibilidad, que por ejemplo prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil española (artículo 429.1), tiene por finalidad aumentar el peso probatorio, i.e., la cantidad de información relevante disponible en el expediente a los efectos de maximizar las probabilidades de acierto en la decisión probatoria final. Pero es, evidentemente, un poder probatorio menos intenso que el de ordenar directamente las pruebas de oficio.

A su vez, cabe diseñar esta facultad como un poder/deber, es decir, como un deber del juez de indicar las lagunas probatorias existentes en la proposición de prueba formulada por las partes (por no proponer pruebas que, en cambio, son necesarias para poder probar los hechos alegados) o bien como una facultad en sentido estricto, de modo que quedará a la discreción del juzgador utilizarla o no. Ello tiene también importantes efectos procesales, pues si se considera un deber pudiera abrir la puerta a la impugnación de la sentencia si en ella se declarara la insuficiencia probatoria por efecto de lagunas probatorias no señaladas.

Por el otro lado, una vez indicada la laguna probatoria por el juez, cabe preguntarse si la o las partes tienen el deber de aportar la prueba (con consecuencias jurídicas que habrá que determinar en caso de no hacerlo) o tienen la facultad de decidir si la aportan o no.

- 4) La capacidad del juez de disponer la incorporación de pruebas no solicitadas por las partes. Este es el supuesto típico de poder probatorio del juez, pero es importante advertir que esta potestad tampoco es uniforme ni una cuestión categorial, de modo que sólo pueda determinarse si se tiene o no se tiene. Así pues, en ella también deberían distinguirse diversas intensidades: así, por un lado, existen ordenamientos que, como el Code de procédure civil francés (artículo 10), atribuyen al juez poderes generales de iniciativa probatoria de oficio. Otros ordenamientos, en cambio, imponen distintos límites, como en el caso alemán en el que el juez no puede ordenar de oficio la adquisición y práctica de pruebas testificales. Aún otros ordenamientos atribuyen específicamente algunas concretas facultades de iniciativa probatoria, como por ejemplo la regla 614.a de las Federal Rules of Evidence estadounidenses, que atribuye al juez la potestad de ordenar de oficio la adquisición y práctica de pruebas testificales no solicitadas por las partes; o la regla 706 de las mismas Federal Rules of Evidence, que atribuye al juez la facultad para ordenar de oficio pruebas periciales, designando también a los expertos. En este último caso, por ejemplo, es distinto que el juez pueda ordenar una prueba pericial a que incluya en una prueba pericial sí solicitada por las partes un extremo o pregunta dirigido al perito que no fueron indicados por aquellas. En la misma línea, también deberá observarse si el juez tiene capacidad o no para seleccionar al perito, por ejemplo, o este es un aspecto que se deja al

consenso entre las partes, o a la suerte de las listas corridas, si los peritos de las partes pueden estar presentes en las pericias que realice el perito de oficio, etc.

Resulta también de importancia determinar el momento procesal en que el juez puede ordenar la aportación y práctica de pruebas no propuestas por las partes: ¿podrá hacerlo sólo en el momento de proposición y admisión de pruebas?²⁸ ¿durante toda la fase probatoria? Y, claro está, será importante determinar si las partes tienen en ese momento procesal la posibilidad de proponer pruebas sobre la prueba que puedan poner en cuestión la fiabilidad de la prueba adquirida de oficio. De nuevo el principio de contradicción como mecanismo epistemológico indica que esa posibilidad siempre debe existir, de modo que se equilibre de nuevo el reparto de poderes probatorios.

- 5) Hay que destacar también la capacidad del juez de alterar durante el desarrollo del proceso la carga de la prueba. Esta es la denominada carga dinámica de la prueba²⁹, cuya previsión se ha extendido como la pólvora en estos últimos años en los sistemas jurídicos iberoamericanos. Esta expansión, vale la pena decirlo, es llamativa por cuanto se ha producido al mismo tiempo que se han puesto en cuestión los poderes probatorios

28 También puede ser de interés aquí tomar en consideración si en el diseño procesal de que se trate el juez de admisión de la prueba y el de juicio es el mismo o no.

29 Sobre la carga dinámica de la prueba se ha escrito mucho en estos últimos años. Por todos, puede verse Peyrano, J.W. y Chiappini, J.O.: “Lineamientos de las cargas procesales dinámicas”, en *El Derecho*, tomo 107, 1984, p. 1005 ss.; y Peyrano, J.W.: *Cargas probatorias dinámicas*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores, 2008.

del juez en nombre de la imparcialidad. Esta coincidencia es muestra de la incomprensión del poder probatorio intenso que la institución de la carga dinámica atribuye a los jueces y tribunales.

Para decirlo en las palabras que prefiere uno de los precursores de la institución, Jorge Peyrano, “[l]a llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del onus probandi, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos”³⁰.

Es decir, se atribuye al juez la potestad de alterar la carga de la prueba en el caso concreto en función de su evaluación sobre cuál de las partes tiene mejor acceso a la prueba o mayor facilidad para producirla.

Se trata, como puede fácilmente percibirse, de un poder probatorio de gran intensidad, puesto que afecta directamente a la distribución del riesgo probatorio entre las partes y, por ello, puede determinar directamente el resultado del proceso³¹.

30 Vid. Peyrano, J.W.: “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, en Peyrano, J. W.: Cargas probatorias dinámicas, op. cit., pp. 19-20. Cursiva en el texto original.

31 Además, en función del momento procesal en que se lleve a cabo esa alteración del onus probando, ello puede tener un grave impacto en la seguridad jurídica. Al respecto, vid. vid. De Paula Ramos, V.: Ônus da prova no processo civil. Do ônus

En mi opinión, la doctrina de la carga dinámica de la prueba ha tenido la virtud de poner el foco de atención en la importancia de extraer consecuencias jurídicas de la relativa facilidad o disponibilidad probatoria de cada una de las partes en el proceso, estableciendo incentivos a su colaboración procesal en la averiguación de la verdad³². Sin embargo, a partir de este sano punto de partida se postula una consecuencia que en nada se sostiene en él. En efecto, los autores que han propuesto la doctrina no distinguen adecuadamente dos sentidos de la carga de la prueba o, mejor aún, entre el deber de aportar determinadas pruebas al proceso y la carga de la prueba en sentido estricto³³. El primero obedece a la pregunta acerca de quién debe aportar prueba al procedimiento y es aquí donde radica la importancia del criterio de quién tiene la disponibilidad y el acceso a la prueba o la facilidad para producirla³⁴. La segunda

ao deber de probar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 51. También la “Declaración del Instituto Panamericano de Derecho Procesal sobre la teoría de las cargas probatorias dinámicas”, en Revista Latinoamericana de Derecho Procesal, n° 9, mayo de 2017.

- 32 Se trata de evitar que la parte que no tiene la carga de la prueba evite incorporar pruebas relevantes para la toma de decisión que tiene a su disposición en perjuicio de la verdad y de la parte contraria.
- 33 Respecto de esta confusión, vid. De Paula Ramos, V.: *Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao deber de probar*, op. cit., p. 53 ss.
- 34 Así, por ejemplo, en un proceso por negligencia médica, podrá ordenarse al galeno o al hospital que aporte el expediente médico, puesto que son éstos quienes disponen de él, pero esa disponibilidad no justifica en absoluto que se revierta la carga de la prueba en el sentido de quién pierde si no hay prueba suficiente. Si el médico aporta el expediente tendrá perfecto sentido que quien siga cargando con el riesgo de la insuficiencia probatoria sea el paciente. Y si el médico o en general la parte a quien se ordenó producir prueba no lo hiciera caben diversas consecuencias jurídicas: una multa, una sanción por desacato o incluso imponer como sanción la pérdida del proceso (lo que no es en ningún caso un resultado probatorio sino una sanción procesal). Esto es, dicho sea de paso, lo que en mi opinión ocurre en la mal llamada presunción de paternidad cuando el demandado en un proceso civil de determinación de la paternidad se niega a prestar muestras para hacer una prueba de ADN: es el demandado quien dispone de la muestra y por ello se le impone la obligación de ofrecerla, con la sanción de la pérdida del

obedece a la pregunta de quién pierde si no hay prueba suficiente. Es evidente que las dos preguntas no requieren necesariamente la misma respuesta ni operan en el mismo momento procesal. Así, por ejemplo, en un proceso por negligencia médica podemos exigir del demandado, el médico, que aporte el expediente médico al procedimiento y, contemporáneamente determinar que será el demandante quien pierda el procedimiento si finalmente su hipótesis sobre los hechos no alcanza el nivel probatorio exigido por el estándar de prueba aplicable. Invertir la carga de la prueba, en el sentido de quién pierde el procedimiento si no hay prueba suficiente, en función de la disponibilidad probatoria no es más que una decisión infundada derivada de no distinguir los dos sentidos de la “carga” de la prueba.

Siendo así, podríamos perfectamente mantenernos en una doctrina clásica y estática de la carga de la prueba, en el sentido de quién pierde si no hay prueba suficiente, de modo que sea establecida por el legislador y no pertenezca pues a los poderes probatorios del juez. En cambio, sí estaría justificado atribuir al juez, por mor de fomentar la obtención del acervo probatorio más rico posible, la potestad de imponer deberes de producir prueba a cualquiera de las partes (en función de la accesibilidad y facilidad probatoria de cada una de ellas respecto de cada prueba)³⁵ y con independencia

proceso y, por tanto, la atribución de la paternidad, si se niega.

35 Quedará por determinar también cuál sea la consecuencia del incumplimiento por la parte afectada por el deber de producir la prueba. En todo caso, siendo este un deber en sentido estricto, la consecuencia jurídica no puede ser otra que una sanción: por un delito de desacato, una sanción pecuniaria, o también la sanción procesal de perder el procedimiento (no ahora como resultado del razonamiento probatorio una vez producidas las pruebas, sino como consecuencia del incumplimiento de un deber impuesto por el juez). Es muy clara en este sentido la sentencia de la Corte Suprema colombiana 9193-2017, de 28 de junio de 2017 (ponente: Ariel Salazar Ramírez), interpretando el artículo 167.2

de en cuál de ellas recaiga la carga de la prueba.

En la distribución de los poderes probatorios entre el juez y las partes deberá determinarse en todo caso, si la imposición de ese deber de producir prueba a una de las partes puede ser realizada de oficio por el juez o bien sólo a instancia de la parte que no dispone de la prueba.

- 6) Finalmente, queda el poder probatorio más intenso. En efecto, la imposición al juez del deber de decidir qué hipótesis fácticas se consideran probadas³⁶, unida a la ausencia de estándares de prueba que apelen a criterios intersubjetivamente controlables, otorga al juez la mayor de las potestades probatorias: decidir el grado de corroboración que una hipótesis fáctica debe tener para ser considerada probada y, con ello, dirimir el procedimiento. Como ha mostrado adecuadamente Laudan³⁷, al establecer el nivel de suficiencia probatoria, los estándares de prueba distribuyen el riesgo de error entre las partes. Por ello, si el juez tiene la posibilidad de decidir en cada caso cuán alta debe ser la corroboración de una hipótesis fáctica para considerarla probada, estará decidiendo con ello la suerte probatoria del proceso.

del Código General del Proceso.Cuál sea la consecuencia del incumplimiento debería establecerse legislativamente, pero también cabe que se otorgue el poder probatorio al juez para que sea él, de forma proporcional al caso, quién determine la sanción, que debería ser en todo caso señalada en el momento de establecer el deber de aportación de una prueba para la parte.

36 Aunque para este punto bastaría con que fuera una facultad.

37 Vid. Laudan, L.: Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 107 ss.

Hay dos situaciones que pueden tener como resultado la atribución de este poder probatorio al juez: a) una mala técnica legislativa, que utilice criterios de decisión absolutamente vacíos (como la sana crítica), totalmente insuficientes (como las reglas de la lógica o el conocimiento científico), o absolutamente subjetivos (como la convicción judicial, la decisión en conciencia, la certeza o el más allá de toda duda razonable³⁸); y b) la atribución al juez, de forma expresa o implícita, del poder de determinar el nivel de exigencia probatoria en cada caso individual³⁹. En ambos casos el juez dispone del poder probatorio más intenso imaginable, como ya he mencionado, que es difícilmente compatible en mi opinión con el debido proceso y la seguridad jurídica⁴⁰. Y llama especialmente la atención que esto no haya sido advertido por los detractores de los poderes probatorios

38 Por cuanto a muchos pudiera sorprender la inclusión aquí del clásico estándar de prueba estadounidense para el proceso penal, debo advertir que su formulación es totalmente vacía si no se dispone de criterios de razonabilidad de la duda; y es totalmente subjetiva si, como ha hecho la Corte Suprema de ese país, se considera que la razonabilidad es autoevidente y sólo a través de la íntima convicción de cada uno de los miembros del jurado se puede determinar. Una presentación muy ilustrativa de la jurisprudencia norteamericana sobre el “más allá de toda duda razonable” puede encontrarse en Laudan, L.: Verdad, error y proceso penal, op. cit., cap. II; también en Id.: “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en Doxa, n° 28, 2005.

39 Lillquist (“Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability”, en U.C. Davis Law Review, vol. 36, n° 1, 2002, p. 146 y ss.) ha realizado, precisamente, una defensa de la indefinición legal del estándar de prueba como forma de atribuir al juez la capacidad de variar el nivel de exigencia probatoria en función de las circunstancias del caso concreto y del acusado.

40 Aunque no tengo espacio para desarrollar aquí el argumento, no quiero dejar de señalar que instrumentos jurídicos esenciales como la carga de la prueba, la presunción de inocencia, etc., devienen totalmente inoperantes si no conocemos el grado de corroboración que debe tener una hipótesis fáctica para satisfacer la carga de la prueba o para derrotar la presunción de inocencia, por ejemplo. Es claro también, en mi opinión, que este grado no podrá señalarse mediante metodologías de probabilidad matemática, sino acudiendo a formulaciones propias de la probabilidad inductiva.

del juez ni por los defensores del garantismo en el proceso judicial.

Cada una de estas seis manifestaciones de los poderes probatorios del juez es de distinta intensidad o, lo que es lo mismo, supone una mayor o menor intervención en el devenir probatorio del proceso; ello deberá ser tenido en cuenta precisamente cuando se plantee su compatibilidad con la imparcialidad judicial. El riesgo de que un mal uso de la potestad haga cruzar la línea de la parcialidad es mayor cuanto mayor es la intensidad del poder probatorio otorgado al juez y menores son los contrapesos de poder probatorio de las partes.

6. Conclusión

En este trabajo he intentado mostrar las debilidades de las objeciones tradicionales a los poderes probatorios del juez. Para ello, han sido necesarias dos estrategias: en primer lugar, he señalado la necesidad de encuadrar este debate en uno más general acerca del modelo de proceso judicial y, consecuentemente, de juez que estimamos deseable. He defendido un modelo de proceso judicial como mecanismo de implementación de las políticas públicas definidas a través del derecho, lo que exige sin lugar a dudas maximizar las probabilidades de alcanzar el objetivo de la averiguación de la verdad sobre los hechos.

Con ello, podemos ya plantearnos, en segundo lugar, una gama de facultades probatorias que cada ordenamiento puede distribuir de distintos modos entre el juez y las partes. Se ha mostrado también

que no todos los poderes probatorios tienen la misma intensidad y que distintas distribuciones de los mismos entre las partes y el juez pueden tener efectos diversos respecto del objetivo de averiguación de la verdad. Por ello, podemos tener buenas razones epistémicas para atribuir al juez, a las partes o al juez y a las partes ciertas facultades probatorias y no otras. El resultado dependerá del completo diseño de la distribución de esas facultades, pero en todo caso no parece que un proceso dirigido, por lo que hace a la prueba, a la averiguación de la verdad, sea compatible con un modelo de proceso totalmente centrado en las partes o totalmente centrado en el juez.

7. Bibliografía

ABEL LLUCH, X.: *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona: Bosch editor, 2005.

ALVARADO VELLOSO, A.: *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Bogotá: Temis, 2004.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: “«Carpintería» de la sentencia penal (en material de «hechos»)”, en *Poder judicial*, n° 49, 1998.

BENTHAM, J.: *Traité des preuves judiciaires*, editado a partir de manuscritos por Dumont, E., Paris: Hector Bossange, 1830. Citado por la traducción española de Ossorio, M.: *Tratado de las pruebas judiciales*, Granada: Comares, 2001.

CARACCIOLO, R.: “Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial”, en *Análisis filosófico*, vol. VIII, núm. 1, 1988.

CIPRIANI, F.: “Il proceso civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan”, en *Rivista di diritto processuale*, 2003.

DAMAŠKA, M.: *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DE PAULA RAMOS, V.: *Ônus da prova no proceso civil. Do ônus ao deber de probar*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

DEVIS ECHANDÍA, H.: “La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, nº IV, 1967.

DIGES, M.: *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*. Madrid: Trotta, 2016.

FERRER BELTRÁN, J.: *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2005.

FERRER BELTRÁN, J.: *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *Razonamientos en la sentencia judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

INSTITUTO PANAMERICANO DE DERECHO PROCESAL: “Declaración del Instituto Panamericano de Derecho Procesal sobre la teoría de las cargas probatorias dinámicas”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, nº 9, mayo de 2017.

JOLOWICZ, J.A.: “Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, abril 2003.

LAUDAN, L.: “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa*, n° 28, 2005.

LAUDAN, L.: *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2013.

LILLQUIST, E.: “Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability”, en *U.C. Davis Law Review*, vol. 36, n° 1, 2002.

LOMBARDO, L.G.: “Ricerca della verità e nuovo processo penale”, en *Cassazione penale*, 1993.

MONTERO AROCA, J.: “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba*, 2000, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

MONTERO AROCA, J.: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

NIEVA FENOLL, J.: “La cattiva reputazione del principio inquisitorio”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, a. LXVIII, fasc. 3, 2014.

NIEVA FENOLL, J.: “La actuación de oficio del juez nacional europeo”, en *Diario La Ley*, N° 9000, Sección Doctrina, 14 de Junio de 2017.

OTEIZA, E.: “El juez ante la tensión entre libertad e igualdad”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2002 (número extraordinario).

PAPAYANNIS, D.M.: El derecho privado como cuestión pública, Bogotá: Universidad Externado, 2016.

PEYRANO, J.W. y CHIAPPINI, J.O.: “Lineamientos de las cargas procesales dinámicas”, en El Derecho, tomo 107, 1984.

PEYRANO, J.W.: Cargas probatorias dinámicas, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores, 2008.

PICÓ JUNOY, J.: El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual. Barcelona: Bosch editor, 2007.

POUND, R.: “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, reimpresso en 35 Federal Rules Decisions, 241, 1964.

RESCHER, N. y JOYNT, C.B.: “Evidence in History and in the Law”, en The Journal of Philosophy, vol. LVI, 13, 1959.

TARUFFO, M.: La prova dei fatti giuridici. Milano: Giuffrè 1992.

TARUFFO, M.: “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en Taruffo, M.: La prueba, Madrid: Marcial Pons, 2008.

TWINING, W.: Rethinking Evidence. Exploratory Essays, 2ª ed., Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1994.

UBERTIS, G.: La prova penale. Profili giuridici de epistemologici. Torino: Utet Libreria, 1995.

VAN FRAASEN, B.C.: The Scientific Image, Oxford: Oxford University Press. Citado por la traducción castellana de Martínez, S.: La imagen científica, México D.F.: Paidós-UNAM, 1996.

VÁZQUEZ, C.: “La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales”, en Doxa, 38, 2015.

VÁZQUEZ, C.: De la prueba científica a la prueba pericial. Madrid: Marcial Pons, 2015.

VÁZQUEZ, C.: “Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica”, en Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho, n° 11, 2017.

LA PRUEBA PERICIAL EN LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE EL CASO DAUBERT

Carmen Vázquez^{41}*

Resumen

Este artículo aborda el caso Daubert, hito en la valoración judicial de las pruebas periciales. El objetivo fundamental es problematizar los criterios brindados en éste por la Corte Suprema Estadounidense y analizar su aplicabilidad en otros sistemas jurídicos.

Abstract

This paper is about the landmark Daubert case. Its aim is to challenge every one of the criteria ruled by the Supreme Court of United States and analyse their applicability in other legal systems.

1. Algunas cuestiones del sistema estadounidense

En la valoración judicial de la prueba pericial, el sistema estadounidense se ha convertido en un referente obligatorio dado su amplio tratamiento jurisprudencial

41 * Universitat de Girona. Este artículo se ha realizado en el marco del proyecto “Prueba y atribución de responsabilidad: definición y contrastación del daño” (DER2014-52130-P); y mejorado gracias a la estancia de investigación en la Northwestern University financiada por la UdG en la convocatoria MOB-2016. Agradezco a Jordi Ferrer sus comentarios al borrador de este trabajo y a Ron J. Allen por todas las discusiones sobre diversos puntos del mismo, ambos han enriquecido ampliamente mis ideas.

y doctrinal en el tema.⁴² Debe advertirse desde el primer momento, sin embargo, que dadas las características de éste sistema, tales esfuerzos se han concentrado en la etapa de admisión de dichos elementos probatorios y específicamente en las pruebas periciales presentadas por las partes.

La concentración en la etapa de admisión se debe a que generalmente en EEUU el proceso judicial se desarrolla ante dos órganos con características, facultades y obligaciones diversas: el trial judge (en adelante, juez de la causa) y el trier of fact (el jurado)⁴³. El primero, es un juez profesional con una discrecionalidad relativamente amplia para decidir las llamadas cuestiones de derecho, entre las que se encuentra la admisibilidad de las pruebas a partir de las disposiciones procesales correspondientes; el segundo, es un órgano colegiado, lego y pasivo, que decide únicamente las cuestiones fácticas.⁴⁴

Por otro lado, que la discusión se centre en el perito de parte es al menos parcialmente explicable porque el tema se ha desarrollado fundamentalmente en el

42 Me referiré exclusivamente al derecho federal estadounidense, no al que se dotan cada uno de los estados que conforman la Federación.

43 Aunque también existen los llamados bench trials, donde no hay jurado y todo el caso es decidido por el mismo juez. En teoría todas las reglas probatorias son igualmente aplicables a éstos, sin embargo, en la práctica parece que éstas se relajan en comparación a los jury trials.

44 Aquí vale la pena ir con cuidado, dado que, como afirman entre otros Allen y Pardo (2003: 1770), no hay una distinción nítida entre ambas cuestiones: “[s]ólo hay diferencias pragmáticas. ... [L]o que inició como una defensa de una distinción “analítica” entre el derecho y los hechos acabó en la disolución de toda diferencia, dado que toda determinación de los hechos es implícitamente una determinación normativa y, por ello, en ese sentido, jurídica. Esto no significa que la distinción doctrinal ente ‘derecho’ y ‘hechos’ no sea importante; sólo significa que debe ser decidida de forma funcional y no por referencia a supuestas diferencias ontológicas, epistemológicas o analíticas entre dichos conceptos.”

proceso civil, considerado como paradigma del modelo adversarial que empodera a las partes para presentar la información que crean adecuada para sostener su hipótesis (make their case)⁴⁵ y con la cual se tomará la decisión. Quizá también aquí valga la pena advertir que, a diferencia de nuestros sistemas, muchas veces los procesos civiles estadounidenses son dirigidos contra grandes empresas, por ello, al estar en juego miles de millones de dólares, las pruebas presentadas y la discusión generada, se corresponde con ello.

Ahora bien, con independencia de las características particulares del sistema estadounidense, la cuestión básica abordada no es parroquial, pues se trata de la valoración judicial de las pruebas periciales de parte. Para ello, el sistema estadounidense se ha enfocado en la fiabilidad de las afirmaciones periciales, obligando a las partes a mostrar no sólo la relevancia de tales pruebas sino también a brindar información sobre la fiabilidad.⁴⁶ Y aquí, obviamente, cobra suma importancia la discusión sobre qué se entiende por “fiabilidad” que es, precisamente, el hilo conductor del caso que aquí se analizará, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*

45 Entiéndase “presentar” en el sentido más amplio de la palabra, pues no sólo tienen las partes la posibilidad de ofrecer pruebas para su admisión, sino que se trata de una facultad que va más allá y está relacionada con la práctica de las pruebas, pues al menos en el trial son las partes quienes preguntan, por ejemplo, a los testigos, a los peritos, a su contrapartes, etc., mientras el juzgador de los hechos permanece pasivo, escuchando la información así brindada.

46 Esta discusión ha estado presente en los países del common law en general y puede ser identificada como the relevance plus approach, es decir, además de la relevancia de las pruebas se imponen otros criterios para permitir la entrada de estos elementos. Tales criterios han sido la helpfulness en Reino Unido o la necessity en Canadá y Australia. Aunado a otros criterios jurídicos aplicables a todo tipo de pruebas.

Sin lugar a dudas, el caso Daubert no sólo ha marcado la agenda estadounidense en lo que respecta a la prueba pericial, sino también la de todo el mundo anglosajón y, al menos en los últimos años, ha llegado incluso a nuestro entorno a través de la legislación, la jurisprudencia o la doctrina.⁴⁷ Pero, como se verá, más allá de tal impacto, resulta un caso sumamente interesante por los planteamientos epistemológicos desarrollados por la Suprema Corte de Justicia estadounidense.

Ahora bien, el objetivo de este trabajo no sólo es contar la historia o describir la situación estadounidense, tampoco hacer un trabajo de análisis comparativo, o dilucidar cuál es mejor sistema, o sugerir una especie de “trasplante” jurídico, sino simplemente poner en la mesa de debate algunas cuestiones que pudieran ser útiles para el desarrollo de la prueba pericial en nuestros propios sistemas, enfatizando aquello que podríamos aprender y aquello que no sería aplicable en nuestra práctica. Para lograrlo, primero, es necesario empezar por el caso Frye, un antecedente indispensable para la comprensión del contexto en que se decidió el caso Daubert.

2. La aceptación general en el área relevante: el caso *Frye*.

En primera instancia, James Alphonzo Frye fue declarado culpable por el asesinato en segundo grado del Dr. Robert W. Brown. Al parecer, en un primer momento el señor Frye confesó el crimen, retractándose

⁴⁷ El legislador colombiano, por ejemplo, incorporó los criterios Daubert en el Código de Procedimiento Penal (artículo 422); a nivel de la doctrina, véase por todos, Nieva (2010: 285 ss).

después y, para demostrar su credibilidad, la defensa ofreció como prueba la posibilidad de someter al acusado a un entonces muy novedoso análisis de la presión sanguínea que supuestamente servía como detector de mentiras. El juez de primera instancia excluyó esta prueba y condenó a Frye.

En apelación, el análisis del tribunal correspondiente se centró en el fundamento teórico subyacente al citado detector de mentiras: las afirmaciones verdaderas serían espontáneas mientras que las mentiras requerirían un esfuerzo consciente que se reflejaría de forma particular en un aumento de la presión sistólica.⁴⁸ Así resolvió que:

Es muy difícil detectar el momento preciso en el que un principio o descubrimiento científico cruza la línea que hay entre su etapa experimental y aquella en la que es demostrable. En algún lugar de esta zona de penumbra, el valor de la evidencia a su favor debe ser reconocido y, mientras que los tribunales recorren un largo camino para admitir testimonios expertos derivados de principios científicos o descubrimientos bien reconocidos, aquello de lo que estas pruebas se deducen debe estar lo suficientemente fundado para tener la aceptación general en el área relevante.⁴⁹

48 Según la sentencia del caso, la defensa afirmaba que: “El incremento que se produce es fácilmente detectado y distinguible del aumento producido por el simple miedo al análisis mismo. En el primer caso, la presión aumenta más que en el segundo y es más pronunciada en tanto el análisis se lleva a cabo; mientras en el primer caso, si el sujeto está diciendo la verdad, la presión registra un aumento al inicio del análisis pero luego baja gradualmente durante éste”.

49 Véase, *Frye v. United States*, 54 App.D.C.46, 293F. 1013, 34 A.L.R. (145) (1923).

Allen (2012: 21) llama la atención sobre la imprecisión del criterio, entre otras cuestiones, porque no es claro a qué se refiere con “aquello” que debe tener la

En la sentencia no aparece ninguna explicación sobre las razones para adoptar tal criterio ni sobre cómo se debería entender; sólo se enunció como argumento para ratificar la exclusión del análisis respectivo porque, en opinión del tribunal, no estaba lo suficientemente establecido para ser aceptado por las áreas de la fisiología y la psicología. Con esta exclusión se confirmó entonces la sentencia de culpabilidad del señor Frye.⁵⁰

Como se puede fácilmente advertir, el criterio de la “aceptación general en el área relevante” constituye un giro importante en los criterios de valoración de las pruebas periciales al ir más allá del experto en sí mismo (sus credenciales, su personalidad o su actuación en el juicio) y valorar el conocimiento que sirve de fundamento a la técnica aludida, es decir, se pone el énfasis en la información que fundamenta lo que dice el experto y no en el sujeto que brinda dicha información.

Inicialmente lo tribunales estadounidenses recibieron con cierto entusiasmo al criterio Frye, considerándolo adecuado porque, entre otras cuestiones, podía ser fácilmente aplicado y sus resultados determinados también con relativa facilidad, sin necesidad de conocimientos especializados por parte de los jueces.⁵¹ Sin embargo, como bien afirma

aceptación general.

50 Frye fue condenado a cadena perpetua, pero dieciocho años después de estar en prisión fue liberado. En la literatura estadounidense hay diversas versiones sobre tal liberación, por ejemplo, mientras Wicker (1953) afirma que Frye fue liberado cuando el verdadero homicida confesó, Starrs (1982) sostiene que fue liberado bajo libertad condicional por una reforma legislativa que le favoreció.

51 Una cuestión significativa es que el criterio Frye se estableció específicamente para la “ciencia novel”, sin embargo, esta delimitación inicial se dejó de lado y el criterio fue aplicado a todo tipo de conocimiento experto que pretendiera usarse

Giannelli (1980: 1210), quizá el mayor defecto de este criterio fue obscurecer sus propios problemas prácticos: ¿qué constituye un área de conocimiento o una comunidad experta⁵²?, ¿cómo se identifica al área o comunidad relevante?⁵³, ¿cuándo se considera que hay una aceptación y que ésta es general?⁵⁴

como elemento de prueba.

- 52 El término “comunidad científica” es muy vago tanto cualitativa como cuantitativamente, no resultando fácil saber cómo se constituye sustantivamente una comunidad. Por lo que toca a los criterios cualitativos, éstos pueden ser de naturaleza muy diversa, desde la mera credencial de pertenencia por haber pagado una cuota o cumplido algunos requisitos formales hasta el hecho de compartir implícita o explícitamente (en grados diversos) presupuestos de distintos tipos (teóricos, experimentales, metodológicos, etc.). Por ejemplo, Quesada (1998: 263) considera que los investigadores que comparten todo lo siguiente forman una comunidad científica: “experiencias, formación, conocimientos, valores metodológicos y estratégicos y objetivos con otros colegas, leyendo las mismas publicaciones, participando en los mismos congresos, etc..” Aunque quizá la idea de Quesada es intuitiva, las nociones que emplea (hipótesis, modelo, valor experimental, conocimiento, método) tienen tan diverso significado e implicaciones que resultan exigencias demasiado vagas. Además, sus puntualizaciones sociológicas (las mismas publicaciones, los mismos congresos) pueden ser cumplidas con relativa facilidad por muchos grupos diversos que no necesariamente se reconozcan como comunidad.
- 53 La decisión sobre cuál es la comunidad relevante puede llegar a ser también bastante problemática sustantivamente, por ejemplo, porque que hay pericias en las que participan áreas de conocimiento diversas que constituyen comunidades diferentes.
- Por citar otros ejemplos a efectos de explicitar los problemas de identificación de “comunidad”, puede pensarse en el artículo 422 del Código de Procedimiento Penal colombiano, donde se alude a “la aceptación de la comunidad académica”; o Nieva (2010: 295) que hace referencia a la “aceptación de la comunidad científica internacional”. Evidentemente una “comunidad científica” puede ser distinta a “una comunidad académica” en la que se supone fundamentalmente objetivos de investigación y/o docencia, muchas veces con alguna adscripción a una universidad. Y, también, la alusión a una comunidad internacional introduce un parámetro cualitativo y cuantitativo diverso; además, no se puede obviar que no todas las áreas de conocimiento tienen algo que se puede identificar como “comunidad internacional”.
- 54 Si, por ejemplo, pensamos en la aceptación como un criterio numérico o cuantitativo, ¿cómo debería interpretarse tal aceptación, como una mayoría absoluta, una mayoría calificada, o una mayoría ordinaria de la comunidad científica relevante? Como sucedió, por ejemplo, en la International Astronomical Union que votó en el 2006 la definición de “planeta” que excluyó a Plutón como

Ahora bien, suponiendo que los problemas anteriores fueran salvables y que se pudiera identificar la comunidad relevante y cierto nivel de aceptación, el criterio Frye admite al menos dos versiones, con implicaciones sustantivas diversas. En una primera versión, se enfatizaría el fundamento de la aceptación general en el área relevante y, por ello, podríamos identificarla como la versión epistemológica de este criterio. Mientras que, por otro lado, una segunda versión pondría el énfasis en la “aceptación general” en el área relevante en sí misma, sin hacer ninguna referencia a las razones de ésta, y por ello, esta interpretación tendría un carácter más sociológico. Claramente, de la mera aceptación de una comunidad experta no se puede inferir la corrección o la verdad de una hipótesis, técnica, etc.⁵⁵: si los jueces preguntaran a aquellos que dicen leer los posos del café si dicha lectura es aceptada por la generalidad en el área relevante, la respuesta obvia sería que sí (Faigman, 1999: 62-63). Así las cosas, la mejor versión del criterio sería, pues, la epistemológica.

tal, una decisión por mayoría simple.

Un ejemplo jurídico al respecto proviene de la Corte Europea de Derechos Humanos, *Sheffield and Horsham v. UK* (1999), un caso donde los demandantes solicitaban al gobierno que hiciera lo necesario para que su reciente cambio de sexo se reflejara en sus diversos documentos oficiales. La Corte rechazó la petición argumentando que la investigación médica sobre la etiología transexual no tenía “el soporte o confirmación universal de una comunidad científica”.

55 Como equivocadamente hace, por ejemplo, Denti (1972: 280) cuando afirma que “los métodos de investigación se consideran correctos sólo porque son aceptados por la generalidad de los estudiosos en un momento histórico determinado, sin excluir que dichos métodos puedan ser considerados como erróneos en un momento sucesivo.”

O, más recientemente, Rivera Morales (2011: 271) equipara “verdadera ciencia” con “la considerada como tal por el consenso general en la comunidad científica”.

En cualquier caso, conforme se fueron identificando serios problemas en la aplicación del criterio, diversos tribunales estadounidenses empezaron a limitarlo, modificarlo o directamente rechazarlo, por ser “demasiado maleable para ser útil” (Sanders, 1994: 1388)⁵⁶. Hasta que más tarde, en 1975, con relativa independencia de las discusiones sobre el criterio Frye, se promulgaron las Federal Rules of Evidence (en adelante, FRE)⁵⁷, cuya regla 702 regularía la admisibilidad de la expert evidence sin mencionar el criterio de “la aceptación general”:

Si el conocimiento científico, técnico o especializado resultara útil al juzgador de los hechos para entender las pruebas o determinar los hechos en conflicto, un testigo calificado como experto por su conocimiento, habilidades, experiencia, capacitación o educación, puede testificar en forma de opinión.

Con ello inició un fuerte debate a nivel federal entre aquellos que consideraban que el criterio Frye había sido superado por la nueva legislación y los que afirmaban su continuidad (de alguna manera implícita) en las FRE.

56 Para consultar algunas de las críticas más frecuentes a Frye planteadas por tribunales estadounidenses, véase Giannelli e Imwinkelried (1999: 27 ss).

57 Cuyo proceso de creación, por cierto, es digno de mencionar pues las FRE son resultado de un trabajo conjunto del poder judicial con las barras de abogados y destacados juristas especialistas en la materia, no siendo pues un trabajo meramente legislativo. Así, se constituyó una comisión para discutir cuál sería la reglamentación probatoria adecuada, hasta que después de diez años de arduos debates se presentó un proyecto que fue aprobado por el Legislativo, quien teniendo la facultad de hacer enmiendas, no realizó ninguna.

3. El caso Daubert

Ese era el contexto jurídico-normativo cuando en 1984 los padres de los menores Jason Daubert y Eric Schuller promovieron un juicio civil por daños tóxicos contra Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., alegando que la causa de las graves malformaciones congénitas de sus hijos en sus extremidades superiores fue la ingesta materna durante su gestación de un antihistamínico patentado por dicha farmacéutica para aliviar las náuseas y mareos causados por el embarazo: Bendectin.⁵⁸

Merrell Dow llevó el juicio al ámbito federal solicitando una sentencia sumaria con el argumento de que la demanda era fácticamente infundada, pues afirmaba que el Bendectin no era teratogénico y, por ello, los demandantes no podrían presentar pruebas suficientes para poner en funcionamiento la maquinaria estatal. Para probar su afirmación presentaron la declaración de Steven H. Lamm, médico especialista en epidemiología con una amplia acreditación como experto en riesgos por la exposición a sustancias químicas y biológicas, entre ellas el Bendectin.

El Dr. Lamm declaró que no había estudios epidemiológicos publicados que demostraran una correlación estadística significativa entre la ingesta de

58 Este caso fue una de las más de 1700 demandas interpuestas en contra de Merrell Dow por el fármaco en cuestión. Véase Sanders (1992) para un panorama general sobre los antecedentes judiciales del Bendectin.

Según Angell (1996: 127), la probabilidad de este tipo de defectos en aquella época, era 1 en 1000 nacimientos. Sin embargo, entre 1958 y 1983, la ingesta de Bendectin era tan común en las embarazadas, equiparable al uso de vitaminas, que es perfectamente plausible la concurrencia del uso de éste fármaco y las malformaciones genéticas sin que exista una conexión causal entre ambas.

Bendectin durante el embarazo y las malformaciones del producto. Para llegar a esta conclusión, afirmó, habría revisado más de treinta estudios publicados en diversas revistas especializadas que comprendían una muestra aproximada de 130 mil pacientes, en los que no se había demostrado que la ingesta de Bendectin fuera un factor de riesgo de sufrir defectos congénitos.

En respuesta a lo anterior, los actores presentaron el testimonio de sus propios expertos con el fin de probar la relación causal en cuestión.⁵⁹ Éstos afirmaron que el Bendectin podría posiblemente causar daños congénitos, basando tal conclusión en un conjunto de estudios,⁶⁰ a saber: a) estudios realizados en células animales (test tube) y en animales vivos; b) estudios farmacológicos que revelaban cierta similitud entre la estructura química del Bendectin y otras sustancias cuyos efectos teratogénicos habían sido comprobados;⁶¹ y, c) un re-cálculo no publicado de estudios epidemiológicos anteriores que, en su momento, no encontraron una correlación entre la ingesta de tal fármaco y los daños congénitos.

59 Ocho profesionales con currículum nada desdeñable. Por ejemplo, Shanna Helen Swan, maestra en bioestadística por la Columbia University y doctora en estadísticas por la University of California, jefa de sección del California Department of Health and Services y asesora de la Organización Mundial de la Salud.

60 Entiéndase bien, los expertos no afirmaban que cada una de esas pruebas o sólo una de esas pruebas establecían la relación causal, sino que del conjunto de esas pruebas se podría inferir la prueba de la causalidad. Obviamente, la exclusión de una ellas sería determinante.

61 El Bendectin contenía como sustancia activa succinato de doxilamina, un antihistamínico que alivia las náuseas. Dado que a la fecha estaba científicamente comprobado que al menos algunos antihistamínicos eran teratogénicos, los expertos consideraron esta similitud estructural para inferir sus conclusiones. Véase, Sanders (1992: 317).

El tribunal decidió que tal testimonio no podría servir de base para que un jurado decidiera sobre la causalidad de una forma distinta a la ya se podía llegar racionalmente con la información entonces disponible.⁶² Ello, una vez que excluyó las pruebas periciales ofrecidas por los demandantes argumentando que los principios subyacentes a éstas no tenían la “aceptación general” del área relevante.⁶³

Los demandantes apelaron tal decisión argumentando que, por ejemplo, el análisis de los estudios epidemiológicos no fue publicado porque su objetivo era únicamente probar la relación causal en el caso concreto. Pero en 1991 se confirmó la decisión de primera instancia, asumiendo “la aceptación general de la comunidad científica de referencia” como el estándar de admisión para las pruebas periciales.⁶⁴ En tal decisión se argumentó que la publicación o la evaluación por pares constituía una condición necesaria para la admisión de elementos probatorios de carácter científico, pues era a través de estos mecanismos que los tribunales podrían saber si una comunidad científica aceptaba el conocimiento subyacente al elemento de prueba ofrecido.

62 Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc., 727 F.Supp. 570, 573 (S.D.Cal. 1989).

63 También se argumentó que dada la gran cantidad de estudios epidemiológicos sobre el Bendectin, sólo las pruebas periciales con este tipo de fundamento podrían probar una correlación entre su ingesta y los daños. Según un informe del Tellus Institute (2003: 8), en la época Post-Daubert, algunos jueces han desestimado demandas precisamente porque las partes no presentan pruebas epidemiológicas, pese a que la comunidad científica entiende que para muchas sustancias tóxicas no podría existir evidencia epidemiológica, entre otras cosas, porque no es ético (o incluso lícito) suministrar o poner en contacto con sustancias tóxicas a individuos a efectos de analizar qué dosis causa qué enfermedad.

64 Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc., 951 f.2d 1128 (9th Circ. 1991).

Finalmente, el caso llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1993, cuando los demandantes apelaron la decisión anterior cuestionando fundamentalmente el criterio de admisibilidad utilizado por los tribunales inferiores y argumentando que las FRE habían superado al criterio Frye, estableciendo que la valoración de este tipo de pruebas correspondía exclusivamente al jurado y no al juez de la causa. Pese a que no era el primer caso presentado ante la Corte solicitándole resolver la contradicción en los criterios empleados para valorar la admisibilidad de pruebas periciales, sí fue la primera vez en la historia en que ésta se pronunció al respecto.

En primer lugar, la Corte resolvió por unanimidad la cuestión jurídica central: el estándar Frye había sido superado por la regla 702 de las FRE. Según observó la Corte, el texto normativo no hacía referencia explícita ni implícita a la “aceptación general del área de conocimiento” y, por ello, no había razones para considerarla como condición necesaria para la admisión de pruebas científicas en los juicios federales. Sin embargo, en segundo lugar, se apuntó que la sustitución del criterio Frye no implicaba que los jueces no estuviesen obligados a valorar este tipo de pruebas para su admisión. Al contrario, se especificó que el juez de la causa debería servir de “gatekeeper” (vigilante o custodio) de la calidad de las pruebas periciales en la etapa de admisión.

Para realizar tal función, según la Corte, el criterio a seguir sería la “fiabilidad probatoria”⁶⁵ de

65 Hay tres conceptos centrales en juego no sólo en la sentencia Daubert sino también en este trabajo: fiabilidad, validez y calidad. Si bien podrían tener

tales elementos, que se derivaba, en su interpretación, del texto normativo “fuesen o perteneciesen al conocimiento científico” que estaba señalado en las FRE.⁶⁶ En este punto, se enfatizó que esta valoración debería centrarse exclusivamente en los principios y la metodología subyacentes a la prueba en cuestión y no en sus conclusiones. Por ello, se debería valorar la validez científica del método por el cual el experto había arribado a sus conclusiones; así, de alguna manera, la Corte terminó equiparando fiabilidad y científicidad.

4. Los factores Daubert

Una vez sentados los presupuestos anteriores, el segundo paso en la resolución de la Corte Suprema fue indicar, a manera de mera recomendación o sugerencia, una serie de factores para valorar la científicidad y, con ello, la fiabilidad probatoria de las pruebas en cuestión. Cabe enfatizar, no obstante, que explícitamente se señaló la posibilidad de usar cualquier otro criterio

sentidos diversos, en mi opinión, no es relevante discutir aquí al respecto siempre y cuando entendamos que se alude a información que pretende servir de justificación subyacente a la información experta utilizada. En todo caso, la Corte explicó que con “fiabilidad probatoria” estaba haciendo referencia a la confianza o la credibilidad (trustworthiness). En Vázquez (2015) se pueden encontrar significados distintos de estos conceptos.

66 Pese a que la regla 702 aludía también al conocimiento técnico y al conocimiento especializado, toda la discusión se centró en el “conocimiento científico”. Con esta omisión se dejó abierto, entonces, el problema de las pruebas periciales no-científicas que tuvo que ser abordado por la propia Corte en un caso sucesivo. Según la sentencia del caso, consultando el Webster’s Third New International Dictionary del año 1986 y las 37 citas de diversos Amicus Curiae, entre ellos, The National Academy of Sciences, la Corte determinó el significado de la expresión “conocimiento científico”, contenida en la regla 702. Así, diseccionando “conocimiento” y “científico”, concluyó que el calificativo “científico” aludiría al fundamento en los métodos y los procedimientos de la ciencia y el sustantivo “conocimiento” connotaría a un “conjunto de hechos conocidos o ideas deducidas de esos hechos o aceptadas como verdaderas en función de sus principios, más que a una mera creencia subjetiva o especulación infundada”

emitido por los tribunales estadounidenses⁶⁷ o, bien, propuesto por la literatura jurídica.⁶⁸ Se apuntó, entonces, que el listado no era exhaustivo ni definitivo, sino ilustrativo y flexible.

Pues bien, propuestos por el magistrado J. Blackmun y aceptados por la mayoría de los entonces miembros de la Corte, se indicaron los siguientes cuatro factores de científicidad y/o fiabilidad probatoria:

1. Si la teoría o técnica puede ser (y ha sido) sometida a prueba, lo que constituiría un criterio que comúnmente distinguiría a la ciencia de otro tipo de actividades humanas.

67 Como un ejemplo se puede citar, entre tantos otros, el caso *Christophersen v. Allied – Signal Corp.* (939 F.2d 1106), donde se alegaba que la exposición al níquel había causado el mortal cáncer de colon del esposo de la actora. En ese caso, el tribunal formuló cuatro criterios para valorar la admisión de pruebas científicas: a) la cualificación del perito como experto; b) si los hechos considerados por el experto son del mismo tipo de hechos que considerarían otros expertos en la materia; c) si para llegar a su conclusión el experto empleó una metodología bien fundada; y, d) el perjuicio que su potencial valoración inadecuada pudiera causar.

68 Explícitamente la Corte citó, por un lado, el “Weinstein’s Evidence Manual” de Weinstein y Berger, donde se sugieren como criterios de admisibilidad: La aceptación general de la técnica empleada; la preparación del experto y su nivel académico; el uso de la técnica en el caso concreto; el potencial rango de error; la existencia de literatura especializada; su grado de innovación o novedad, y la dependencia de los resultados de la interpretación subjetiva del experto. Y, por otro lado, citó “Scientific Evidence: Defending a New Approach to Admissibility” de McCormick, sugiriendo como criterios: el grado potencial de error de la técnica empleada; la existencia y el cumplimiento de estándares durante su uso; la existencia, dentro de las características de la técnica, de ciertas precauciones; su analogía con otras técnicas científicas cuyos resultados son admisibles; la aceptación de la técnica en su correspondiente comunidad científica; la naturaleza y amplitud de la inferencia realizada; la claridad y simplicidad con las que la técnica es descrita y sus resultados explicados; la posibilidad de que el tribunal y el jurado puedan verificar los “basic data”; la viabilidad de que otros expertos puedan probar y evaluar la técnica; su valor probatorio en las circunstancias del caso; y, la corrección que observó el experto en la aplicación de la técnica.

2. Si la teoría o técnica empleada ha sido publicada o sujeta a la revisión por pares.
3. Si se trata de una técnica científica, el rango de error conocido o posible, así como la existencia de estándares de calidad y su cumplimiento durante su práctica.
4. Y, finalmente, si la teoría o técnica cuenta con una amplia aceptación de la comunidad científica relevante.⁶⁹

Estos factores han sido interpretados de formas muy diversas por los distintos tribunales estadounidenses (y traducidos también de distintas maneras a diversos idiomas por tribunales y estudiosos del derecho de otros sistemas). Sin embargo, hacer aquí un recuento de todo ello, además de sobrepasar los límites de este trabajo, es de poco interés para los objetivos del mismo. Si queremos analizar la potencialidad de Daubert, resulta más relevante identificar los problemas de cada uno de los criterios que lo conforman, a lo que me dedicaré en los próximos párrafos; a excepción de la aceptación de la comunidad experta, cuyos principales problemas ya fueron reseñados.

69 La Corte consideró que una técnica que sólo contase con una aceptación mínima en la comunidad de referencia tendría que verse con escepticismo (Cfr. 509 U.S. 579, 113 S. Ct. 2786, p. 81.). Sin embargo, se puede observar una ligera modificación cuantitativa entre el criterio Frye de la “aceptación general en la comunidad de referencia” y el criterio de “una amplia aceptación de la comunidad” del caso Daubert.

4.1. *La filosofía de la ciencia en Daubert*

Como fundamento del primer factor antes mencionado, si la teoría o técnica puede ser (y ha sido) sometida a prueba, la Corte citó un artículo de Michael D. Green y un par de referencias concretas que en él se hacía a dos reconocidos filósofos de la ciencia, Carl Hempel y Karl Popper. Del primero se aludió a su idea de que “los enunciados que constituyen una explicación científica deben ser susceptibles de contrastación empírica” (Hempel, 1966: 76); mientras del segundo se citó su falsabilidad como criterio de demarcación de lo científico (Popper, 1934: 46 ss.).⁷⁰

Con estas referencias y con sus constantes alusiones a la “cientificidad”, la Corte se introdujo en el problema de establecer un límite preciso para distinguir cualitativamente aquello que es científico de lo que no lo es, lo que en la filosofía de la ciencia se conoce como “problema de la demarcación”.⁷¹ En su versión

70 El magistrado Stevens en su voto particular argumentó que, en su opinión, se hacía uso de conceptos, citando incluso diversos autores y tratados, que podían fácilmente perder a los juzgadores en su tarea en lugar de tener para ellos utilidad alguna.

En el ámbito académico las críticas tampoco fueron muy positivas: se le calificó de trivial, complicado o hasta superado o anticuado. Allen (1994: 1157), por ejemplo, consideró que sólo se cambió un anacronismo jurídico (el criterio Frye) por un anacronismo filosófico. El criterio Frye constituye para Allen un anacronismo jurídico por la deferencia que supone hacia la comunidad científica, teniendo ésta objetivos distintos al ámbito jurídico.

71 El sistema jurídico estadounidense ha sido uno de los pioneros en el uso de la científicidad como criterio de valoración de las pruebas periciales. La primera discusión acerca de la científicidad no fue en razón de la admisión de pruebas periciales, en 1960 en el debate sobre la enseñanza de llamado creacionismo científico vs. la teoría de la evolución. En la sentencia del caso *McLean v. Arkansas Board of Education* (1982), el juez William R. Overton formuló lo que consideró como características esenciales de la ciencia que la demarcaban de otro tipo de actividades, a saber: a) se guía por leyes naturales; b) tiene que explicarse a través de leyes naturales; c) es contrastable con el mundo empírico;

más fuerte y tradicional, el criterio de demarcación debería permitir incluir aquello que es científico y excluir aquello que no lo es; por ello, exige un conjunto de condiciones necesarias y suficientes para decidir si “x” es científico.⁷² Ello supone mostrar que hay algo compartido por todas las ciencias y sólo por éstas, además, por supuesto, de las credenciales epistémicas de ese “algo compartido”. Dicho esto, si bien sería absurdo considerar a Daubert como un ensayo de filosofía de la ciencia, sobre todo si se observa que únicamente se citaron algunas referencias al respecto,⁷³ vale la pena notar las implicaciones o consecuencias prácticas de lo dicho sobretodo por Popper, quien con independencia de su compleja postura filosófica y los diversos giros en sus tesis (que han conducido a interpretaciones muy

d) sus conclusiones son tentativas, i.e. no son necesariamente la última palabra; y, e) son falsables.

- 72 En cambio, una versión débil parecería sólo exigir o bien un conjunto de condiciones necesarias o bien un conjunto de condiciones suficientes. El problema es que las condiciones necesarias de científicidad no permitirían identificar con certeza aquello que sí es científico, aun cuando permitieran determinar aquello que ciertamente no es científico; por lo que, lo único que se podría afirmar es que “x podría ser científico”. En cambio, si sólo se cuenta con condiciones suficientes, no podría determinarse que x no es científico, sólo podría afirmarse que x es científico o que posiblemente no es científico. Por ello, parecería que el criterio de científicidad ideal sería aquel que pudiese identificar ambas condiciones. En Daubert, la Corte usó el término “ordinarily”, lo que podría interpretarse como sólo condiciones necesarias o sólo condiciones suficientes sobre la científicidad. Otra discusión sería qué se quiere demarcar, es decir, a qué hace referencia “x”; y también ahí el criterio es vago, algunos aluden a teorías, otros a afirmaciones, otros a métodos, etc.
- 73 Kaye (2005: 475) opina que no existe mayor implicación filosófica en la enunciación de este factor puesto que el uso que hizo la Corte de la literatura correspondiente es parte de su práctica retórica. Según él, tradicionalmente este órgano ha manifestado una inclinación por usar literatura de muy diversas áreas del conocimiento con el objetivo de fundar sus decisiones. En todo caso, parece que las referencias de este tipo no son extrañas en los tribunales del common law, Edmond y Mercer (2002: 346) hacen una recopilación de algunos filósofos, sociólogos e historiadores de la ciencia que han sido citados por diversos tribunales federales en Estados Unidos.

diversas de su trabajo), es referencia obligada en el tema.⁷⁴

En primer lugar, habría que decir que Popper (1934: 42) llamó problema de la demarcación al de “encontrar un criterio que permita distinguir entre las ciencias empíricas, por un lado, y los sistemas metafísicos por otro”⁷⁵. En su opinión, el criterio de demarcación “ha de considerarse como una propuesta para un acuerdo o

74 A diferencia de Popper, Hempel no estuvo interesado en ofrecer ningún criterio de demarcación entre la ciencia y la no-ciencia y “testable” para él era “potencialmente confirmable”. Pero la idea hempeliana tampoco parece muy acertado, no sólo porque tal confirmación es tentativa o provisoria, sino porque es demasiado simple para aplicarse a las categorías tan complejas como las pruebas epidemiológicas, toxicológicas, etc., que estaban en juego en un caso como Daubert (Haack, 2005: S68).

75 Con “metafísico”, Popper hace referencia explícita a lo que él identifica como las disciplinas no científicas (v.gr la historia) y las pseudociencias (v.gr. la teoría del psicoanálisis). Sin embargo, sostuvo (1934: 34) que el hecho de que una teoría no sea científica no significa que carezca de importancia o de valor. Es más, llegó a afirmar que casi todas las ciencias tenían un pasado metafísico (1980: 522), es decir, especulativo o cuya operación radicaba fundamentalmente en anticipaciones mentales (1972: 312).

Tampoco puede dejarse de lado un problema señalado, entre otros, por Laudan (1983: 119): la demarcación entre la ciencia y la no-ciencia ha sido típicamente usada como “machines de guerre en polémicas batallas entre campos [de conocimiento] rivales”. En la misma línea Lakatos (1973) señala: “El problema de la demarcación entre la ciencia y la pseudociencia tiene graves consecuencias también para la institucionalización de la crítica. La teoría de Copérnico fue prohibida por la Iglesia Católica en 1616 porque la consideró pseudocientífica. Fue sacada de ese categoría en 1820 porque en ese momento la Iglesia juzgó que los hechos habían sido probados y, por tanto, devino científica. El Comité Central del Partido Comunista Soviético en 1949 declaró la genética mendeliana como pseudocientífica y algunos de sus defensores, como el académico Vavilov, murieron en los campos de concentración; después del asesinato de Vavilov, la genética mendeliana fue rehabilitada; pero se mantuvo el derecho del Partido a decidir qué es ciencia y publicable y que es pseudociencia y punible. El nuevo establishment liberal del este también ejerció el derecho de coartar la libertad de expresión en lo que consideraba como pseudociencia. Todos esos juicios estaban inevitablemente fundados en alguna suerte de criterio de demarcación. Y esto explica por qué el problema de la demarcación entre la ciencia y la pseudociencia no es un pseudoproblema de filósofos de escritorio: tiene graves consecuencias éticas y políticas.”

convención” que permita “formular una caracterización apropiada de la ciencia empírica... de tal manera que, ante un sistema de enunciados, seamos capaces de decir si es asunto de la ciencia empírica el estudiarlo más de cerca.” Así, hay que enfatizar que su interés radicaba en diferenciar las ciencias empíricas, más concretamente los enunciados empíricos o pertenecientes a las ciencias empíricas (1972: 311); pero, sobretodo, que se trataría de una mera convención.

Con estos presupuestos, el criterio de demarcación popperiano es la falsabilidad, testabilidad o refutabilidad: las teorías científicas se caracterizarían por su capacidad para resistir contrastaciones, por la posibilidad de ser refutadas mediante enunciados contrastadores. Así, dicho criterio se refiere a la posibilidad de ser falsable, a la posibilidad abstracta de que una hipótesis sea sometida a algún test o prueba que pudiera mostrar su falsedad:

todo científico que afirme que su teoría es corroborada por medio de algún experimento o de cierta(s) observación(es), debería estar dispuesto a formularse la siguiente pregunta: ¿puedo describir algún resultado posible de observación o de experimento que, si realmente se lograra, refutase mi teoría? (Popper, 1972: 92).

Sólo aquel enunciado o sistema de enunciados que pudieran entrar en conflicto con observaciones podría, pues, según Popper, ser científico. Como él mismo afirmó, hay grados de testabilidad, i.e., algunas teorías se exponen a las refutaciones más audazmente que otras (1972: 313). Por ello, el criterio de demarcación

popperiano no sería categórico, sino gradual.⁷⁶

Entiéndase bien, un criterio de demarcación como éste no requiere cierto tipo de justificación epistémica vigente, para lo cual sería necesario algún tipo de juicio retrospectivo sobre la hipótesis o la teoría o la afirmación respectiva, sino que sólo se compromete con algún tipo de potencial sometimiento a test. Entonces una teoría resultaría científica aun cuando no se le haya sometido a prueba alguna o bien haya sido sometida aunque no la hubiese superado. Por ello, si la pretensión de la Corte era fundamentar la demarcación entre la ciencia y la no-ciencia, su apelación a Popper en el ámbito probatorio podría tener como consecuencia que una prueba que bajo dicho criterio fuera considerada científica debiera ser admitida como tal aun cuando sea falsa y/o cuando ni siquiera se tenga información sobre si de hecho superó (o no) los test a los que fue sometida en el área de conocimiento correspondiente.⁷⁷

Por otro lado, la cita de Popper quizá podría reconstruirse con el giro que también se ha señalado en su propia teoría, i.e. cambiando la “cientificidad” por el “carácter empírico” de los enunciados. Así, jurídicamente entonces diríamos que una prueba científica debería admitirse cuando pueda tenerse

76 Precisamente este supuesto carácter gradual implica un primer problema para que la falsabilidad pueda funcionar como criterio de demarcación de la ciencia y la no-ciencia.

77 Peor aún, la filosofía de la ciencia de Popper resulta inadecuada para lo que se pretende porque él explícitamente afirma que el grado de corroboración de una teoría no dice nada acerca de su ‘fiabilidad’, pero además para él (1972: 29 a 34) que una teoría hubiese sido corroborada, incluso ampliamente, nada dice sobre su verdad, ni siquiera sobre su probabilidad. Y el grado corroboración en un tiempo dado depende del número y la severidad de los test a los que fue sometida para falsarla, por lo que la corroboración es estrictamente un reporte del pasado.

información empírica sobre su verdad o falsedad.⁷⁸ Sin embargo, como bien señala Haack (2013: 171) considerar si el testimonio ofrecido ha sido sometido a alguna prueba es un buen criterio cuando el supuesto experto no ha hecho esfuerzo alguno para comprobar y/o demostrar la solidez de sus afirmaciones. En este sentido, serviría como una especie de recordatorio para que los jueces, en el hipotético caso de lo que no lo hubiesen considerado, exijan al perito que fundamente empíricamente sus afirmaciones.⁷⁹

Así pues, si el objetivo que se proponía la Corte era asegurar de alguna manera la entrada de conocimiento científico firme o sólido, lo que es una exigencia más fuerte que la mera susceptibilidad a la falsación, la teoría popperiana no es precisamente un fundamento adecuado para ello. Pero, ¿cuál hubiese sido una concepción adecuada al respecto?

En la historia de la filosofía de la ciencia se han ofrecido criterios de demarcación muy variados, ninguno de los cuales ha sido predominante y muchos de los cuales se han demostrado insostenibles. Entre otras cuestiones, ello ha llevado a varios filósofos de la ciencia a sostener que la preocupación por especificar el método o aquello que distingue a la actividad científica de otras actividades es inútil dado que no existe una distinción tajante entre la ciencia y la no-ciencia; mucho

78 El problema que surge aquí, al menos al interior de la teoría de Popper, es que utilizaba el término “prueba” (e “investigación” y “conocimiento”) sin referencia alguna a la verdad (Haack, 1993: 97).

79 Empíricamente, no teóricamente, es decir, no se trata sólo de que los peritos expliquen sus supuestos fundamentos sino que presenten información empírica sobre el funcionamiento actual de lo que afirman. Sobre este punto, véase Vázquez (2015: 198 ss).

menos que hay algo que distinga cualitativamente de forma superior a todas las ciencias y sólo a las ciencias. Si esto es así, entonces, ninguna filosofía de la ciencia podría ofrecer criterios válidos para distinguir la pretendida genuinidad científica (Laudan, 1977 y Haack, 2007: 251). En todo este amplio y complejo panorama, ¿jurídicamente cuál sería la opción?⁸⁰ ¿que un tribunal, o el propio legislador, terminara decidiendo disputas filosóficas o científicas?

En mi opinión, no es necesario si quiera entrar a discutir cuestiones sobre la científicidad. Si observamos mínimamente el funcionamiento real de la empresa científica, parece claro que dentro de la ciencia hay una gran heterogeneidad epistémica, algunas técnicas son más o menos fiables, algunas teorías están más o menos sustentadas, etc.; pero, además, no sólo lo científico es fiable. Y tal estado de cosas es oscurecido por simples etiquetas como “científico”, “no-científico”, “buena ciencia” o “mala ciencia”, escondiendo con ellas los importantes detalles sobre la información disponible respecto la calidad de aquello que los jueces tienen que valorar. Con independencia de si “X” puede ser calificado de científico, o con independencia de aquello que en filosofía de la ciencia se decida sobre la científicidad, jurídicamente lo fundamental es pues la información sobre el funcionamiento actual de los

80 Entonces posiblemente surgiría un cuestionamiento del tipo ¿qué podría pedir y/o “necesitar” el derecho de la filosofía de la ciencia para el tratamiento de la prueba científica, ¿una descripción de lo que hacen los científicos? o ¿una serie de pautas de lo que deberían hacer los científicos? Este cuestionamiento se presenta en una de las críticas planteadas por Allen (1994:1171) a la supuesta adopción de Popper en Daubert, con el argumento de que la filosofía popperiana es una teoría descriptiva inadecuada de la actividad científica; por cierto, una crítica inadecuada para Popper porque su pretensión teórica era normativa.

métodos y las técnicas empleadas y, por supuesto, su correcta aplicación a los hechos del caso concreto.

4.2. Las publicaciones y la evaluación por pares

En un trabajo sumamente interesante sobre la evaluación por pares y las publicaciones científicas, Haack (2015: 16) distingue un sentido amplio y un sentido estricto de “evaluación por pares”. En sentido amplio hace referencia a una discusión académica de las ideas presentadas por un experto ante una colectividad científica específica, por ejemplo, en congresos, seminarios, coloquios o incluso entre los compañeros de laboratorio o departamento; mientras que en sentido estricto hace referencia a una evaluación más formal de trabajos escritos para determinar, bajo determinados parámetros, su publicación en alguna casa editorial o revista académica.

Si tomamos en cuenta únicamente el sentido estricto de la evaluación por pares, el punto quizá clave a discutir es precisamente los parámetros usados en la revisión para la publicación. Entre los estándares de aceptación que forman parte de las prácticas editoriales, supuestamente además de la corrección del mismo, suele aludirse a la originalidad del trabajo, su utilidad, las referencias usadas y un largo etcétera;⁸¹ mismos que, desde luego, llevados a la práctica varían ampliamente de un campo a otro, de una revista o editorial a otra y de un revisor a otro.

81 Chan (1995:120), por ejemplo, cita cuatro preguntas básicas que deben responder los reviewers de la revista biomédica JAVA: ¿es válida la metodología descrita?, ¿las conclusiones son razonables?, ¿el material es original? y ¿es importante la información?

Aun sin profundizar en todo lo anterior, es posible inferir a partir de ello que la evaluación por pares y/o la publicación no pueden considerarse como un indicador consistente de la calidad de la teoría o técnica publicada; así pues, el hecho de la publicación en sí mismo no es informativo sobre la calidad de lo afirmado en ella.⁸² En términos generales, un mejor uso de este azaroso factor exigiría tener más información sobre el proceso concreto que ha superado determinado trabajo para su publicación: cuáles son los criterios que se observaron para decidir la publicación, quiénes fueron los revisores, qué historial tiene la revista, y un largo etcétera. Pero, aun suponiendo que todo el proceso ha ido bien, ¿es relevante en sí mismo haber pasado la revisión por pares?

En un escenario ideal, tal revisión serviría como filtro de los buenos trabajos, permitiría revelar errores o incluso abonaría a la corrección de errores. Lamentablemente, parece que estamos lejos de ese ideal, aún así podemos seguir encontrando la potencialidad de la revisión para la publicación o la publicación, no en sí misma o en su proceso, sino después de la publicación. Si las publicaciones son una dinámica epistemológicamente adecuada para el buen desempeño de la empresa científica, lo son porque hacen

82 Como en el propio caso Daubert, donde se otorgó toda la fiabilidad a las 30 publicaciones presentadas por el experto de Merrell Dow sin analizar previamente su calidad o prestigio, los datos o procedimientos subyacentes a las conclusiones de los autores, o los criterios editoriales que se observaron para su publicación. Pueden consultarse diversos procesos estadounidenses donde los órganos jurisdiccionales han discutido ampliamente el impacto de la evaluación por pares para la publicación en la fiabilidad probatoria en Kiely (2002: 85 a 104). Y, en Haack (2015) pueden encontrarse varias referencias de los diversos casos en que se vio involucrada la farmacéutica Merrell Dow, las publicaciones que presentó como prueba y sus grandes deficiencias.

públicas las ideas, las pruebas, las investigaciones, etc. que terminan siendo filtradas, revisadas y, en su caso, aceptadas por la comunidad experta en general.⁸³ Así pues, es lo que sucede después de la publicación lo que nos brinda más y mejor información sobre la calidad de lo afirmado en ésta: ¿qué críticas ha recibido la publicación en cuestión, revelando, por ejemplo, errores o defectos metodológicos?, ¿existen otras publicaciones confirmando, por ejemplo, los experimentos realizados?, etc.

Ahora bien, todo lo anterior, evidentemente, tiene lugar al interior del área de conocimiento misma, son los propios expertos quienes tienen un mejor acceso a esta información y quienes son capaces de valorar las consecuencias respectivas. Pero, ¿es útil para la valoración judicial de la calidad de las pruebas periciales?

Supongamos que tenemos un artículo como el 422 del Código de Procedimiento Penal colombiano que exige “que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad científica”. Para iniciar, tenemos un problema interpretativo, puesto que el artículo podría hacer referencia a que antes de la publicación se haya recibido alguna crítica de la comunidad científica; o que ésta se haya recibido a efecto de la publicación; o, incluso, que tal crítica haya sido posterior a la publicación. Pero, lo más importante es ¿cómo podría un lego, como el

83 Con el tiempo y la dinámica científica, sólo una ínfima parte de los millones de publicaciones actualmente existentes serán libros o artículos de referencia del futuro (Bauer, 1992: 45). Y, por cierto, esa información de referencia tal vez nunca llegue a entrar en los procesos judiciales precisamente por su grado de probabilidad o quizá llegará a entrar en algún proceso judicial pero como un “hecho notorio” y no como una prueba pericial.

juez, evaluar las consecuencias de tales críticas para las afirmaciones del experto?

No hay una respuesta única y/o definitiva para la pregunta anterior, dependerá de varias cuestiones, entre ellas, por ejemplo, de la complejidad del conocimiento experto en juego y/o del resto de información disponible en el caso que le sea útil al juzgador para poner en contexto la crítica respectiva, etc. Lo que muestra cómo un criterio como la publicación o la revisión por pares, aunque no sólo éste, tiene que ir acompañado de herramientas o mecanismos que permitan al juzgador explotarlo, entre ellos la práctica de las pruebas en contradicción o el careo entre los expertos. Mediante éstos el juez tendrá mayores posibilidades de comprender los alcances reales del hecho de que el método, la técnica o, en general, el conocimiento experto subyacente a una prueba pericial haya sido publicado o revisado por la comunidad experta.

4.3. El rango de error

Este tercer factor Daubert es, en mi opinión, sumamente novedoso en el ámbito probatorio y permitiría solucionar algunos de los problemas del razonamiento judicial respecto de algunas pruebas periciales mediante el uso de la ratio de errores, esto, a través de estimaciones cuantitativas de fiabilidad en términos de frecuencias de errores, con fundamento en cierto tipo de frecuencias objetivas. Lo que implica, desde luego, centrarse en los errores y aprender de ellos.⁸⁴

84 Hay al menos dos formas de aprender de los errores, haciendo estudios empíricos sobre cuánto suceden y, de forma más amplia, identificando cómo suceden. Aquí me referiré específicamente a la primera cuestión, pese a que la segunda es también en suma relevante. Como afirma Mayo (1996: xii), en el contexto del

Hay dos tipos de error, los falsos positivos y los falsos negativos. Si usamos como ejemplo la identificación de las huellas dactilares, un falso positivo ocurriría si mediante una técnica concreta se concluye que dos huellas tienen una misma fuente pero, de hecho, no la tienen; y un falso negativo ocurre si mediante la técnica concreta en cuestión se concluye que las dos huellas no tienen una misma fuente cuando, de hecho, sí la tienen.⁸⁵ Para obtener la ratio respectiva habría que hacer una operación consistente en dividir los falsos positivos entre el número de muestras comparadas que tienen fuentes diferentes; y los falsos negativos entre el número de muestras comparadas que tienen fuentes coincidentes. Obsérvese que la ratio de errores de la que hablo es una medición realizada sobre una técnica empleada por diversos sujetos, no sobre diversas técnicas y, sobretodo, no respecto el uso que hace cada uno de esos sujetos de la técnica en análisis (aunque esto también podría llevarse a cabo, es comprensible que las áreas de conocimiento no se ocupen de ello).

El tipo de datos al que se alude tiene, desde luego, el problema que sufre toda hipótesis probabilística, la

conocimiento experimental, conviene “aprender cuáles son los diferentes tipos de error, qué es lo que específicamente se aprende cuando se reconoce un error, cómo se identifica precisamente cuándo es culposo, cómo crece nuestra habilidad para detectar y corregir errores, y cómo está relacionado este conocimiento con el crecimiento del conocimiento científico”. O, en el propio contexto de las pruebas periciales, la National Academy of Science (2009: 188) estadounidense en su Report on Forensic Science afirma: “una agenda de investigación completa debe incluir estudios para establecer las fortalezas y limitaciones de cada procedimiento, fuentes de sesgos y variación, cuantificación de las incertezas creadas por estas fuentes, mediciones del rendimiento, los pasos procedimentales en el proceso de analizar pruebas forenses y los métodos para continuar monitoreando y mejorando los pasos de tal proceso.”

85 Un recién estudio empírico al respecto es el de Pacheco, Cerchiai y Stoiloff (2014).

relación entre el caso concreto y la clase de referencia en juego. Por ello, una cosa es la información general que se obtenga sobre una técnica específica y otra muy distinta la forma en que dicha técnica sea empleada en los casos concretos; pero tener la primera, como veremos, permitiría una valoración judicial adecuada de la segunda.

El tipo de información empírica en comento sobre los métodos empleados en un área del conocimiento muchas veces se desconoce o directamente no se tiene, de modo que la única información sobre su fiabilidad parecería ser el hecho de que se ha usado de forma continuada en contextos específicos, como el propio proceso judicial. Un hecho que en sí mismo nada dice sobre la fiabilidad de una técnica, es perfectamente posible que en muchos de nuestros sistemas jurídicos estemos haciendo uso de técnicas cuyo funcionamiento real desconozcamos y sólo lo presupongamos. Entiéndase bien, no se trata de una atribución jurídica de fiabilidad: el derecho tiene poco o nada que hacer directamente al respecto (más allá de incentivar la obtención de información relevante)⁸⁶, es una tarea empírica que corresponde fundamentalmente a las áreas de conocimiento que tienen o pretenden tener un rol en los procesos judiciales.

Pero, una vez que se tiene dicha información, corresponde discutir el manejo jurídico de ésta. Me estoy refiriendo básicamente al tipo de decisiones

⁸⁶ Sobre todo, por ejemplo, en aquellas técnicas forenses que “cobran vida” casi exclusivamente en el contexto procesal, por lo que parece aun más justificado exigir que se lleven a cabo el tipo de investigaciones que permita recabar información sobre los errores de los métodos o técnicas que emplean.

jurídico-políticas que se pueden (y deben) tomar una vez se cuenta con tal información. Un sencillo ejemplo español sobre los rangos de error de los radares puede ser ilustrativo: en España se reconoce normativamente cierto rango de error respecto a los radares que miden la velocidad a la que circulan los automóviles, distinguiéndose entre los cinemómetros estáticos y los móviles y previendo una ratio de error máxima del 4% y del 7% respectivamente.

Lo anterior no sólo quiere decir que cualquier radar que se pretenda instalar debe satisfacer estos porcentajes, sino sobretodo que tales porcentajes son presupuestos a la hora de identificar la velocidad con la que transita un vehículo. Es decir, una vez confirmado que un radar cumplía con los controles de verificación periódica y se encontraba calibrado, si éste registra que X circulaba a una velocidad de 125 km/h en una autopista, un margen de error del 4% se traduce como “la velocidad a la que circulaba X oscilaba aproximadamente entre los 120 km/h y los 130 km/h”. Por supuesto, la primera discusión es qué elementos tuvo en cuenta el legislador para establecer genéricamente el 4% y el 7% como rangos de error, respondiendo a cuestiones del tipo: ¿qué probabilidad de error resulta jurídicamente aceptable?⁸⁷ Pero otra discusión, atinente al caso concreto, es qué hacemos con el rango de duda existente. Si estamos en el ámbito penal, constituyéndose un delito contra la seguridad del tráfico, por ejemplo, ese margen de duda sobre si un vehículo realmente excedió la velocidad permitida

87 A ello alude, por ejemplo, Rakoff (2008: 1379) cuando dice que un 13% de rango de error de los polígrafos, que es el porcentaje aducido por algunos estudiosos del tema, es insuficiente para justificar su admisibilidad como prueba.

podría hacer que el caso se resuelva a favor del acusado por el principio de presunción de inocencia.

Hay una cuestión presupuesta en todo lo dicho anteriormente y que vale la pena explicitar antes de terminar este epígrafe y es que ninguna técnica o método es infalible, todos tienen un rango de error, incluso la prueba de ADN, que a día de hoy es la más fiable. Siendo así las cosas, hay que decidir jurídicamente sobre los rangos de error tanto para la admisibilidad de pruebas, i.e., qué rango de error es adecuado para admitir un tipo de pruebas periciales en el proceso judicial; pero también en la valoración de éstas, es decir, con qué rango de error resulta compatible un estándar de prueba. Y en ese proceso, como bien afirma Schauer (2009: 1191ss):

La ciencia puede decirnos que un proceso científico concreto tiene, digamos, un 12% de tasa de error (o tasas específicas de errores del tipo I y del tipo II o falsos positivos y falsos negativos). Y los científicos deben decidir para sus propios propósitos científicos si tales tasas son suficientes, por ejemplo, para afirmar que algo es el caso, concluir que un resultado es adecuado para publicar o para considerar un proyecto de investigación lo suficientemente prometedor para renovar un financiamiento. Pero si tal tasa de error es suficiente para que un juzgador de los hechos envíe a alguien a prisión, lo exonere de la cárcel, justifique una orden judicial o impute daños, no es en sí misma una cuestión científica.

Sólo queda enfatizar que ésta es una cuestión jurídica, es decir, una decisión que debe tomarse atendiendo a los objetivos del derecho.

Hasta aquí he planteado problemas específicos de cada uno de los criterios que conforman Daubert. Aunado a ello, podrían discutirse diversas combinaciones de tales criterios a efectos de tener información suficiente sobre la calidad de las pruebas periciales. También podrían analizarse otros criterios considerados en el propio contexto estadounidense para, de alguna manera, complementar Daubert. Sin embargo, dado el espacio de este artículo, me parece más relevante dedicar las últimas páginas a plantear ciertos argumentos para restringir la admisión de pruebas periciales atendiendo a su calidad y las características de los criterios que deberían jugar a efectos de valorar tales pruebas en cualquier etapa procesal.

5. Admisibilidad y criterios de valoración de la prueba pericial

Con independencia de la corrección y/o utilidad de los criterios específicos de Daubert, esta parte de la experiencia estadounidense con la prueba pericial ha logrado llamar la atención sobre la etapa de admisión como posible filtro de la calidad de la información experta que entrará al proceso judicial, no dejando esta tarea para la etapa de valoración propiamente, como tradicionalmente sucede en nuestros sistemas.⁸⁸ En un

⁸⁸ A partir de Daubert, es un objetivo que se ha venido planteando que se debería adoptar. Por ejemplo, en la literatura española encontramos la sugerencia de Gascón, Lucena y González (2010: 12) sosteniendo que “junto al control de admisibilidad procesal (pertinencia, necesidad y legalidad) hay que agregar otro de admisibilidad científica (validez científica)”.

escenario así, vale la pena plantearse dos cuestiones generales: la justificación de una admisión más rígida y el tipo de criterios atinentes sobre la calidad de las pruebas periciales. Veamos cada una de éstas de forma separada.

Hay al menos dos líneas argumentativas que podrían ser discutidas si para la admisión de una prueba pericial se pretende exigir a las partes que muestren no sólo su relevancia sino también su fiabilidad: evitar la contaminación del juzgador de los hechos y cuestiones de economía procesal.

Para abordar adecuadamente el argumento de la contaminación, primero es indispensable pensar en al menos dos posibles escenarios en los que pudieran desarrollarse las diferentes etapas procesales en atención a cuántos decisores participan. Así, como sucede en el sistema estadounidense, podría darse el caso de que hubiera un agente que decide la admisión de pruebas diferente al agente que valora el conjunto de pruebas, filtradas por el primero, para tomar la decisión sobre los hechos del caso. Por el contrario, el otro escenario, tradicional en nuestros sistemas, es un solo agente que decide ambas cuestiones, la admisión de las pruebas y su valoración. Hay quienes, en el primer escenario, presuponiendo cierta incapacidad del juzgador de los hechos, plantean que el rol del juez de la causa es excluir pruebas periciales de baja calidad para evitar una persuasión irracional de aquél, sobretodo cuando se trata de un jurado lego; sin embargo, dada la falta de información empírica al respecto, dejaré de lado ese argumento.⁸⁹ En mi opinión,

⁸⁹ Si tal incapacidad resultase verdadera, entonces se justificaría el ejercicio de un paternalismo epistémico por el juez de la causa mediante la exclusión de pruebas

el problema de la contaminación del juzgador de los hechos tiene que ver más con otra cuestión relacionada con el funcionamiento intelectual del ser humano, no específicamente relacionado con las pruebas periciales. Y es que aun cuando algunas veces somos conscientes de nuestras parcialidades cognitivas, otras veces no lo somos y éstas directamente “nos hacen ver” o valorar situaciones de una forma u otra, algunas veces de forma incluso no justificada. Para explicar mejor este punto quizá podamos tomar como ejemplo paradigmático la información obtenida mediante pruebas relevantes, fiables pero que al ser ilícitas el derecho exige excluirlas y no considerarlas en la toma de decisión. Un juez que sabe a través de tales pruebas que el acusado es culpable no siempre podrá controlar la influencia de tal conocimiento en aquello que ve y/o analiza en el resto de pruebas admitidas y practicadas, aun cuando consciente y voluntariamente quiera o intente hacerlo. Si esto es así, entonces, para evitar la contaminación del juzgador de los hechos, un mejor modelo sería precisamente aquél en el que un sujeto filtra la información adecuada con la que otro(s) decidirá(n). Así pues, el argumento de la contaminación del juzgador de los hechos podría funcionar para decidir entre un modelo con un agente decisor o al menos dos decisores; pero, esa contaminación no tiene que ver necesariamente con la calidad epistemológica de las pruebas, como lo muestra

periciales cuya calidad sea dudosa, evitando cualquier contaminación del jurado del que se desconfía, protegiéndolo así de la formación de creencias equivocadas; aunque, claramente, la protección real y necesaria sería para las partes. Nótese que no se trataría de errores ocasionales, sino de una cuestión más bien sistemática e incluso predecible; por ello, son muchos los estudios empíricos realizados para comprobar tal incapacidad, sin embargo, los resultados han sido muy dispares, algunos de los cuales confirman la hipótesis mientras otros la niegan. Al respecto, véase Vázquez (2015: 140 ss).

el caso de las pruebas ilícitas y mucho menos con las pruebas periciales en general y la supuesta incapacidad de los juzgadores para valorarlas racionalmente.

Por otro lado, el segundo argumento para el establecimiento de una etapa de admisión exigente, como he mencionado, está relacionado con la economía procesal y, más específicamente, con evitar la pérdida de recursos cognitivos, temporales y/o económicos cuando se cuestiona la calidad de las pruebas periciales ofrecidas y/o su suficiencia para probar los hechos del caso. Aquí también vale la pena dilucidar algunas características del sistema estadounidense, fundamentalmente el establecimiento de la llamada *burden of production* a las partes a efectos de avanzar a la siguiente etapa procesal, además de la *burden of persuasion*. Ésta última sería lo que en nuestra tradición identificamos como “carga de la prueba”, establece quién pierde el proceso judicial si después de practicadas todas las pruebas no hay elementos suficientes para que el juzgador de los hechos tenga por probados los hechos del caso, no ahondaré más en ello y me centraré en la primera, puesto que es el tema relevante para este punto.

La *burden of production* consiste en la exigencia a las partes de producir pruebas suficientes desde la presentación de la demanda (o contestación) sobre los hechos que consideran litigiosos a efectos de que el juez de la causa decida si dada la información conformada en esa etapa inicial (conocida como *pre-trial*) hay un caso que deba ser decidido por un jurado. El *quid radica*

entonces en si la información disponible en el pre-trial es suficiente como para que una persona racional pueda considerar que se alcanzan las exigencias probatorias establecidas por el estándar de prueba aplicable.⁹⁰ En caso negativo, entonces el juez de la causa resuelve el caso adoptando alguna de las preclusive motions previstas y el proceso termina antes de la completa práctica de todas las pruebas ante el jurado.

De hecho esto fue lo que sucedió en Daubert, la exclusión de las pruebas periciales presentadas por los demandantes, por cuestiones relacionadas con su calidad, supuso que éstos no satisficieran su burden of production sobre la relación causal entre la ingesta de Bendectin y las deformaciones congénitas; y, por ello, el caso terminó en esa etapa procesal, otorgándole a Merrell Dow una sentencia sumaria.⁹¹ Esta dinámica procesal, en términos abstractos, adquiere total sentido a efectos de ahorrar recursos judiciales si el asunto no podrá ser decidido de una forma distinta al nivel de prueba exigido dada toda la información disponible en el caso. Sin embargo, el punto clave radica precisamente en cuánta información disponible existe en un proceso judicial para tomar una decisión como la que supone el

90 Una cuestión trascendental es, desde luego, conocer el estándar de prueba, pues sólo así el juez de la causa podrá decidir sobre el cumplimiento de la carga de producción de pruebas suficientes para la toma de decisión correspondiente. Ello, precisamente, resulta un problema en nuestros sistemas dada la falta de estas reglas de decisión. En este tema, una referencia obligada es Ferrer (2007).

91 En el procesos civiles estadounidenses el estándar de prueba es la preponderancia de las pruebas. En los casos donde estaba en juego la prueba de una causación específica, desde 1982 en el caso Cook v. United States, tal estándar se ha interpretado como “un incremento del riesgo en más del doble”. Es decir, si tomamos como ejemplo el caso Daubert, diríamos que se tenía que probar que la ingestión materna del Bendectin aumentó en más del doble la probabilidad de que los niños hubiesen nacido con defectos congénitos. Para un análisis muy detallado sobre estas cuestiones, véase Haack (2014).

establecimiento de cargas de producción de pruebas a las partes.

Para seguir con el argumento, es necesario tomar en consideración la big picture del sistema estadounidense, concretamente la suma de su adversarialismo, el discovery, los pre-hearings y la concentración del juicio oral en una sola audiencia. Y si bien es cierto que, qua sistema adversarial, las partes tienen el control de la información con la que se tomarán las decisiones, más importante aún es que tienen mecanismos para acceder a la información que consideran relevante para defender su caso⁹² y que ésta debe ser presentada no sólo resumidamente en la demanda (o la contestación) sino que es explicada en una audiencia ante el juez de la causa, quien tiene discrecionalidad para gestionar esta etapa procesal de manera tal que luego sea posible (fáctica y racionalmente) la concentración de todo el caso en una sola audiencia para su decisión final. Todos los mecanismos e incentivos anteriores, en su conjunto, suelen tener como resultado un cúmulo de información lo suficientemente amplio como para que el juez de la causa pueda decidir racionalmente la satisfacción de la carga de producción de pruebas y si el caso continúa o no a la siguiente etapa procesal.

92 Me refiero aquí fundamentalmente al llamado discovery, mediante el cual se obliga a las partes a revelar o mostrar la información con la que cada una cuenta para sustentar su caso (habría que decir cuándo deben revelarlo); lo que, evidentemente, abona a la completitud de la información disponible y la racionalidad de las decisiones que puedan tomar tanto las partes como los jueces. Ahora bien, un punto interesante es que actualmente en pocos procesos se ejercita el discovery como tal; sin embargo, la revelación de al menos gran parte de la información entre las partes se ha convertido en la práctica cotidiana del sistema estadounidense, sobretodo en materia penal. Ello, por ejemplo, al menos en abstracto, imprime de racionalidad a los tan comunes acuerdos (settlements) entre las partes.

Por último, es necesario analizar ciertos aspectos generales sobre los criterios que pudieran adoptarse para valorar la calidad de la información experta, bien sea para su admisión en aquellos contextos en que tenga sentido o, en la etapa de valoración propiamente dicha. Uno de los problemas más serios que tienen los criterios Daubert en su conjunto es que su satisfacción sólo brindaría información previa e independiente a la aplicación de los conocimientos expertos en el caso concreto. Así, entonces, cierto fundamento de una afirmación realizada por el perito pudiera ser aceptado por la comunidad experta, pudiera tener rangos de error bajos o haber sido publicado en las mejores revistas y, aún así, haber sido mal-aplicado en el caso concreto. Por ello, evidentemente, para la atribución de cualquier valor probatorio a una prueba pericial es indispensable no sólo tener información sobre la calidad genérica de la información experta subyacente, sino también sobre cómo ésta fue observada y/o puesta en práctica en el análisis del caso que se está resolviendo.

Aunado a lo anterior, uno de los aspectos clave y, bajo mi punto de vista, más importantes a partir de la experiencia estadounidense es que el interés por la calidad de la información experta se deja de centrar únicamente en los peritos particulares para voltear a ver a las comunidades de expertos y el tipo de información que éstas pueden brindar al respecto.⁹³ En cambio, tiene

93 Incluso si, por ejemplo, las comunidades deberían directamente especificar los factores de fiabilidad conducentes; evidentemente, ello de ninguna manera debería suponer que éstas especifiquen cuándo están probados jurídicamente ciertos hechos. Tal consulta a las comunidades podría evitar, por ejemplo, una de las críticas más fuertes a Daubert, consistente en que tales criterios son propiamente de las llamadas ciencias duras y no son igualmente aplicables a otras áreas del conocimiento.

el problema de que al menos algunas veces parece haber sucumbido a la tentación de deferir completa y consistentemente en las comunidades expertas con independencia de los intereses jurídicos. El ejemplo más claro lo constituye el criterio de la aceptación general de la comunidad experta; si consideramos que la aceptación es contextual, una teoría o una técnica pudieran aceptarse para determinado objetivo o cuestión que haya supuesto una decisión sobre la suficiencia de la información con que se cuenta.⁹⁴

En este punto, es sumamente conveniente distinguir entre la deferencia a la autoridad teórica y la deferencia a la autoridad práctica, los expertos ameritan la primera cuando tienen fundamentos para decirnos qué hay que creer sobre una cuestión determinada dentro de su ámbito; en cambio, no hay fundamento alguno para que tales expertos nos digan qué debemos hacer en el ámbito jurídico-probatorio, es decir, no tienen autoridad práctica. Esto se traduce, básicamente, en que los expertos (o las comunidades expertas) no tienen autoridad para decir cuándo está probado jurídicamente un hecho, aunque digan cuándo lo está en sus respectivas áreas. Es sumamente relevante diferenciar estas cuestiones y tener lo suficientemente claros los criterios de toma de decisión respectiva. Por ello, en los sistemas donde no se tiene un estándar de prueba medianamente claro que establezca cuándo hay que tener por probados unos hechos, es mucho

94 Por ejemplo, en la aviación las modificaciones que se pueden llegar a hacer en el motor de un avión pueden ser aceptadas si se trata de un avión militar y en cambio ser rechazadas para los aviones comerciales; o en la farmacología, los efectos de un químico pueden ser aceptados para continuar con la investigación en animales pero no para salir al mercado, etc.

más potente el peligro de que los jueces terminen atribuyendo a los expertos la autoridad práctica que no deberían.

Una última cuestión que los criterios Daubert descuidan son los desacuerdos entre los miembros de una comunidad de expertos o entre las comunidades de expertos; por el contrario, la parte de la experiencia estadounidense abordada enfatizó el rol del consenso en la comunidad científica. Más allá de lo ingenuo (y erróneo) que resulta pensar que todos o casi todos los miembros de la comunidad acuerdan siempre, por ejemplo, en el marco teórico aplicable o cómo aplicar los conocimientos teóricos en el caso concreto, una de las características más importantes en el progreso de la empresa científica, y del conocimiento en general, es precisamente la diversidad de posiciones y el debate acerca de éstas.⁹⁵ Así, es importante incorporar en la cultura jurídica la idea de los desacuerdos genuinos entre los expertos, que evidentemente no son resultado de cierta parcialidad derivada, por ejemplo, de su relación con las partes. Obviar estas cuestiones y abordar la prueba pericial únicamente desde el consenso supone que ni siquiera nos preocupemos por ofrecer a los juzgadores herramientas para abordar los desacuerdos, por no hablar de la información que perdemos al no interesarnos por los fundamentos de éstos, cuando pueden ser relevantes para la decisión en cuestión.

Entonces, más allá de especificar un listado de criterios de valoración de las pruebas periciales, todo lo anterior conduce a que a efectos de buscar

95 Sobre todo lo anterior, puede verse Vázquez (2015: 173 ss. y 255 ss.).

tales criterios para valorar los muy distintos tipos de pruebas periciales, debe tenerse presente el ejercicio de la expertise en el caso concreto, las consideraciones sustantivas de las comunidades expertas sin perder de vista los intereses jurídicos y que tanto el conocimiento científico en particular como el experto en general son susceptibles no sólo de errores sino también de desacuerdos genuinos.

6. Conclusiones

Después de Daubert, la Suprema Corte estadounidense se ha pronunciado en dos casos más sobre la admisibilidad de las pruebas periciales, conformando lo que se conoce como “la trilogía Daubert” o “Daubert y sus descendientes”. En el último de tales casos, *Kumho Tire Company v. Carmichael*, se determinó, precisamente, que no puede trazarse una división clara entre el conocimiento científico y otros tipos de conocimiento y, por ello, se argumentó, que la regulación estadounidense de la prueba pericial no diferenciaba entre “conocimiento científico”, “conocimiento técnico” u otro tipo de “conocimiento especializado”, sino que hacía énfasis en que todo tipo de conocimiento podía constituir una prueba pericial y que la calidad (o fiabilidad) de cualquier tipo de conocimiento sería controlada para su admisión. Aunado a ello, la Corte resolvió que los factores a considerar como indicadores de la fiabilidad de una prueba pericial dependían de las particulares circunstancias del caso concreto. En esta flexible interpretación sobre la enfatizada función de gatekeeper de los jueces de la causa, se subrayó que el objetivo es asegurarse que el experto usará ante los tribunales el mismo grado de

rigor intelectual usado en su práctica profesional.

En general, cuando se habla de Daubert no se toman en cuenta estas otras decisiones de la Corte; pero lo importante, sobretodo fuera del sistema estadounidense, no es evidentemente si ésta lo dice o no. Como ya he dicho anteriormente, hay buenos argumentos extrajurídicos para evitar el criterio de la cientificidad del conocimiento como sinónimo de fiabilidad del mismo. Si estamos interesados en la calidad de los fundamentos de las pruebas periciales, que éstas sean o no científicas por sí mismo nada nos dice al respecto y, en cambio, oscurece los verdaderos problemas para obtener información relevante. Precisamente es en este contexto donde las comunidades expertas podrían jugar un rol mucho más sustantivo que aquel que, al menos en nuestros sistemas, suelen jugar (fundamentalmente participando en la conformación de listados de expertos dispuestos a peritar), no sólo brindándonos información empírica sobre el funcionamiento actual de sus técnicas, métodos, etc., sino informándonos sobre criterios adecuados a tener en cuenta para valorar la calidad de las afirmaciones realizadas por peritos individuales.

Por supuesto, es enriquecedor analizar lo que otros sistemas han hecho e intentar aprender de tal experiencia; sin embargo, así como no se puede trasplantar un órgano de un ser humano a otro sin un amplio y profundo análisis de los dos cuerpos en juego para saber su potencial compatibilidad, tampoco se puede trasladar sin más la experiencia de un sistema a otro. Y, desafortunadamente, en este punto muchos sistemas jurídicos sufren el gran problema de ignorar

su funcionamiento real debido a la ausencia de análisis empíricos al respecto; quizá es precisamente en ello donde hace falta imitar al sistema estadounidense, que está constantemente preocupado por ello.

Bibliografía

Allen, R.J., 1994: “Expertise and the Daubert Decision”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, no. 84.

Allen, R.J., 2012: “The Conceptual Challenge of Expert Evidence”. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2141395

Allen, R.J. y Pardo, M.S., 2003: “The Myth of the Law-Fact Distinction”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 97, no. 4

Angell, M., 1996: *Science on Trial. The Clash of the Medical Evidence and the Law in the Breast Implant Case*, New York: W.W. Norton and Co.

Bauer, H.H., 1992: *Scientific Literacy and the Myth of the Scientific Method*, Chicago: University of Illinois Press.

Chan, E.J., 1995: “The ‘Brave New World’ of Daubert. True Peer Review, Editorial Peer Review and Scientific Validity”, en *New York University Law Review*, no. 70.

Denti, V., 1972: “Cientificidad de la prueba en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador”. Citado por la traducción al castellano de Oñate L., S., en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, no. 2–3.

Dwyer, D.M., 2008: *Judicial Assessment of Expert Evidence*, Cambridge: Cambridge University Press.

Edmond, G. y Mercer, D., 2002: “Conjectures and Exhumations: Citations of History, Philosophy and Sociology of Science in US Federal Courts”, en *Cardozo Studies in Law and Literature*, no. 14.

Faigman, D.L., 1999: *Legal Alchemy: The Use and Misuse of Science in the Law*, New York: W.H. Freeman and Company.

Ferrer B., J., 2007: *La valoración racional de la prueba*, Barcelona: Marcial Pons.

Gascón A., M.; Lucena Molina, J.J.; González Rodríguez, J. 2010: “Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica. Una argumentación multidisciplinaria”, en *La Ley*, no. 5619.

Giannelli, P.C., 1980: “The Admissibility of Novel Scientific Evidence: *Frye v. United States*, A Half-Century Later”, en *Columbia Law Review*, no. 80.

Giannelli, P.C. y Imwinkelried, E.J., 1999: *Scientific Evidence*, 3a ed., II vols., Charlottesville, VA: Lexis Law Publishing.

Haack, S., 1993: *Evidence and Inquiry: Towards Reconstruction in Epistemology*, Oxford: Blackwell Publishers.

Haack, S., 2005: “Trial and Error: The Supreme Court’s Philosophy of Science”, en *American Journal of Public Health*, supplement 1.

Haack, S., 2007: *Defending Science -Within reason. Between Scientism and Cynicism*, New York: Prometheus Books.

Haack, S., 2013 *Putting Philosophy to Work. Inquiry and its Place in Culture* (expanded ed.), New York: Prometheus Books.

Haack, S., 2014: “Risky Business”. Citado por la traducción al castellano de Muffato, N.: “Asuntos arriesgados. Sobre la prueba estadística de la causación específica” en Papayannis, D. (ed.): *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Madrid – Barcelona: Marcial Pons.

Haack, S., 2015: “Peer Review and Publications: Lessons for Lawyers”. Citado por la traducción al castellano de Vázquez, C., “Evaluación por pares y publicaciones”, en *DOXA*, 38.

Hempel, K., 1966: *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in The Philosophy of Science*, New York: The Free Press. Citado por la traducción al castellano de Frassinetti de Gallo, M.; Mínguez, N.; y Ruíz A., I., 2005: *La explicación científica. Estudios sobre la filosofía de la ciencia*, Barcelona: Paidós.

Kaye, D.H., 2005: “On ‘Falsification’ and ‘Falsifiability’: The First Daubert Factor and the Philosophy of Science”, en *Jurimetrics*, vol. 45.

Kiely, T.F., 2002: “Science and Peer Review”, en *Science and Litigation: Products Liability in Theory and Practice*, London: CRC Press.

Lakatos, I., 1973: Science and Pseudoscience. Broadcast on 30 June 1973 as Programme 11 of The Open University Arts Course A303, 'Problems of Philosophy'. Disponible en: <http://www2.lse.ac.uk/philosophy/about/lakatos/scienceAndPseudoscience.aspx>

Laudan, L., 1977: Progress and its Problems, University of California Press. Citado por la traducción al castellano de López Tapia, J., (1986): El progreso y sus problemas. Hacia una teoría del progreso científico, Madrid: Ed. Encuentro.

Laudan, L., 1983: "The Demise of the Demarcation Problem", en Cohen y Laudan, L. (ed.): Physics, Philosophy and Psychoanalysis, Boston-Lancaster: Kluwer Academic Publishers.

Mayo, D., 1996: Error and the Growth of Experimental Knowledge, Chicago: University of Chicago Press.

National Academy of Science, 2009: Strengthening Forensic Science in the United States, Washington: The National Academy Press. Disponible en <http://www.nap-edu/catalog/12589.html>

Nieva F., J., 2010: La valoración de la prueba, Barcelona: Marcial Pons.

Pacheco, Igor; Cerchiai, Brian; y Stoiloff, Stephanie, 2014: Miami-Dade Research Study for the Reliability of the ACE-V Process: Accuracy & Precision in Latent Fingerprint Examinations, report submitted to the U.S. Department of Justice.

Popper, K.R., 1934: *The Logic of Scientific Discovery*: Routledge. Citado por la traducción al castellano de Sánchez de Zavala, V., 2008: *La lógica de la investigación científica*, 2ª ed., Madrid: Tecnos.

Popper, K.R., 1972: *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach*, Oxford: Oxford University Press. Citado por la traducción al castellano de Solís Santos, C., 1974: *Conocimiento objetivo*, Madrid: Editorial Tecnos.

Popper, K.R., 1980: *Die beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie. Aufgrund von Manuskripten aus den Jahren 1930–1933*, Mohr Siebeck. Citado por la traducción al castellano de Albisu Aparicio, M.A., 1998: *Los dos problemas fundamentales de la Epistemología (Basado en manuscritos de los años 1930–1933)*, Madrid: Tecnos.

Quesada, D., 1998: *Saber, opinión y ciencia*, Barcelona: Ariel.

Rakoff, J.S., 2008: “Science and the Law: Uncomfortable Bedfellows”, en *Setton Hall Law Review*, vol. 38.

Rivera Morales, R., 2011: *La prueba. Un análisis racional y práctico*, Madrid: Marcial Pons.

Sanders, J., 1992: “The Bendectin Litigation: A Case Study in the Life Cycle of Mass Torts”, en *Hastings Law Journal*, no. 43.

Sanders, J., 1994: “Scientific Validity, Admissibility and Mass Torts after Daubert”, en *Minnesota Law Review*, vol. 78.

Schauer, F., 2010: “Can Bad Science be Good Evidence?”, en *Cornell Law Review*, 95.

- Starrs, J.E., 1982: “‘A Still-Life Watercolor’: Frye v. United States,” *Journal of Forensic Sciences*, JFSCA, vol. 27, no. 3.

- Tellus Institute, 2008: “Daubert: The Most Influential Supreme Court Ruling You’ve Never Heard Of”, Publication of the Project on Scientific Knowledge and Public Policy. Disponible en: <http://defending-science.org/science-courts>

- Vázquez R., C., 2015: *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid: Marcial Pons.

- Wicker, W., 1953: “The Polygraphic Truth Test and the Law of Evidence”, en *Tennessee Law Review*, no. 22.

Teoría de la Prueba

La edición especial a cargo del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, pretende contribuir al estudio sobre la Teoría de la Prueba.

Esta publicación se la realiza a través de la Unidad de Investigación de la Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales.



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLURINACIONAL DE BOLIVIA**

 [Facebook](#)  [Twitter](#)  [YouTube](#)  [Instagram](#)

 [WhatsApp](#)  [Número de contacto: 261 222 222](#)