

CARMEN VÁZQUEZ ROJAS

**DE LA PRUEBA CIENTÍFICA
A LA PRUEBA PERICIAL**

Prólogo de
Marina Gascón Abellán

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2015

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO , de Marina Gascón Abellán.....	13
NOTA PRELIMINAR	17
INTRODUCCIÓN	19
CAPÍTULO 1. LA PRUEBA, EL TESTIMONIO Y LA PRUEBA PERICIAL. DEL GÉNERO A LA ESPECIE	25
1. LA PRUEBA PERICIAL	25
1.1. La prueba en el derecho	27
1.2. La prueba pericial: el conocimiento experto y el experto	37
2. EL CARÁCTER TESTIMONIAL DE LA PRUEBA PERICIAL	44
2.1. El testimonio y su epistemología	48
2.2. El reduccionismo <i>versus</i> el no-reduccionismo	53
3. ALGUNOS PRESUPUESTOS EPISTEMOLÓGICOS Y EL RAZONAMIENTO PROBATORIO	58
3.1. La epistemología jurídica	61
3.1.1. Las reglas probatorias	62
3.1.2. Las creencias justificadas individuales.....	64
3.1.3. Los efectos de las creencias judiciales	67
3.1.4. La verdad y el proceso judicial	69

	Pág.
4. LA PRUEBA PERICIAL Y LA JUSTIFICACIÓN TESTIMONIAL...	70
4.1. Sobre la imparcialidad pericial.....	72
4.2. Modelos de acceso del conocimiento experto al proceso judicial.	75
4.3. Entre la deferencia y la educación	80
CAPÍTULO 2. LA CIENTIFICIDAD Y LAS PRUEBAS PERICIALES. LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE	83
1. LA CIENCIA, LA CIENTIFICIDAD Y LA PRUEBA PERICIAL....	83
1.1. El problema de la demarcación	86
1.2. Un aire de familia entre las ciencias	89
2. LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE	91
2.1. La aceptación general en el área relevante	92
2.2. La científicidad de la prueba pericial	96
2.3. La Corte Suprema en el caso <i>Daubert</i>	98
3. LOS FACTORES <i>DAUBERT</i>	103
3.1. El sometimiento a prueba (<i>whether the theory or technique in question can be —and has been— tested</i>).....	104
3.2. Las publicaciones y la evaluación por pares (<i>whether [the theory or technique] has been subjected to peer review and publication</i>)	115
3.3. El rango de error (<i>its known or potential error rate, and the existence and maintenance of standards controlling its operation</i>) ...	117
3.4. Una amplia aceptación de la comunidad científica (<i>whether it has attracted widespread acceptance within a relevant scientific community</i>)	120
3.5. Un quinto factor	124
4. <i>POST-DAUBERT</i>	128
4.1. El caso <i>Joiner</i>	128
4.2. El caso <i>Kumho</i>	133
5. Y, ¿ENTONCES?	137
5.1. La admisión <i>versus</i> la valoración de la prueba pericial	137
5.2. El paternalismo epistémico	140
CAPÍTULO 3. LA PRUEBA PERICIAL DE PARTE. HACIA UN MODELO EDUCATIVO.....	149
1. EL TESTIMONIO DEL PERITO DE PARTE	149
1.1. El perito de parte y las afirmaciones periciales	151

	Pág.
2. LA ADMISIBILIDAD DE LAS AFIRMACIONES PERICIALES....	156
2.1. La información experta	158
2.2. El juzgador de los hechos.....	163
2.3. El contexto procesal	168
3. LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PERICIAL DE PARTE.....	173
3.1. El principio de contradicción como herramienta cognoscitiva del juez y la epistemología del testimonio	177
3.1.1. Las máximas de experiencia (o el <i>background</i>) del juez.	183
3.2. La práctica en contradicción de una prueba pericial	187
3.3. La práctica en contradicción de una prueba pericial en rela- ción con otras pruebas	192
4. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL DE PARTE Y LA JUSTIFICACIÓN TESTIMONIAL.....	195
4.1. La fiabilidad y el testimonio experto.....	198
5. A MANERA DE CONCLUSIÓN	205
CAPÍTULO 4. EL PERITO DE CONFIANZA DE LOS JUECES. HA- CIA UN MODELO DEFERENCIALISTA	211
1. EL PERITO DEL JUEZ Y LAS RAZONES INTERPERSONALES	211
2. EL JUEZ Y EL EXPERTO A SELECCIONAR	214
2.1. La relación entre ellos	215
2.2. El perito como buen informante.....	221
2.3. La prerrogativa epistémica del juez	225
3. LA DESIGNACIÓN DEL PERITO DE CONFIANZA	227
3.1. La confiabilidad del experto.....	232
3.1.1. La autoridad teórica o epistémica	236
3.1.2. El interés encapsulado.....	244
3.2. Algunos sistemas de designación judicial de peritos	247
3.3. Algunos problemas en la selección del perito confiable	252
4. LA PRÁCTICA PROBATORIA DEL PERITO DE CONFIANZA DEL JUEZ.....	255
4.1. El principio de contradicción como garantía de defensa	257
4.2. El (posible) careo entre peritos	261
5. LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO PERICIAL CONFIABLE.	263
5.1. Los estándares de prueba jurídicos y los estándares de prueba las áreas de conocimiento.....	267
6. A MANERA DE CONCLUSIÓN	271

	Pág.
CAPÍTULO 5. ALGUNAS CONCLUSIONES PRÁCTICAS	277
1. DIRIGIDAS A LA CULTURA JURÍDICA EN GENERAL	277
1.1. Ningún individuo tiene las capacidades suficientes para conocer por sí solo lo que entre muchos individuos ahora sabemos.	277
1.2. No hay un método científico que permita distinguir a las ciencias de cualquier otra actividad, que sea aplicado por todas las ciencias y sólo por éstas y que, de alguna manera, asegure la calidad de los resultados.....	278
1.3. La imparcialidad es una cuestión que va mucho más allá de la relación del perito con la parte que lo contrata	279
1.4. Sería útil tener mayor información sobre el historial de expertos en sede jurisdiccional	280
1.5. Es necesario disponer de información empírica sobre cómo están funcionando nuestros tribunales, entre otras cosas: qué tipo de pericias se llevan a cabo, en qué procesos son determinantes, cuáles son sus deficiencias, etcétera.....	280
2. DIRIGIDAS AL LEGISLADOR, <i>DE LEGE FERENDA</i>	280
2.1. Sobre la admisión de las pruebas periciales	281
2.2. Sobre la práctica de las pruebas periciales	282
2.3. Sobre la valoración de las pruebas periciales y la toma de decisión	282
3. DIRIGIDAS A LOS JUECES Y TRIBUNALES	283
3.1. En la admisión de una prueba pericial	283
3.2. En la práctica de una prueba pericial	283
3.3. En la valoración de una prueba pericial	284
4. DIRIGIDAS A LOS EXPERTOS Y COMUNIDADES EXPERTAS QUE PARTICIPAN EN LOS PROCESOS JUDICIALES	285
4.1. Una mayor participación sustantiva como comunidad, más allá de la participación individual de cada perito particular, permitiría un control intersubjetivo de las actuaciones de los expertos en la arena judicial.....	285
4.2. Dos cuestiones relacionadas con el lenguaje de los expertos ...	286
4.3. La generación de información empírica.....	286
4.4. La identificación de acuerdos y desacuerdos	287
5. PARA CONTINUAR TRABAJANDO	287
BIBLIOGRAFÍA.....	289

PRÓLOGO

En los últimos tiempos los estudios sobre la prueba han experimentado un notable desarrollo. Bajo el impulso de una teoría jurídica preocupada por dotar de racionalidad a los actos de poder, y en particular a las decisiones judiciales, los análisis sobre la estructura y justificación del juicio de hecho han merecido una intensa atención y hoy puede ya decirse que, al menos en la teoría, han sido superadas aquellas concepciones del mismo que lo convertían en una zona opaca al control racional. Pero en este punto conviene no bajar la guardia. Hay aún numerosos aspectos del universo probatorio que entrañan retos importantes para una teoría racional de la prueba y que han de ser por eso objeto de un profundo análisis. Uno de ellos es el de las pruebas periciales, que, impulsadas por los espectaculares avances de las diferentes disciplinas forenses, juegan un papel cada vez más relevante en el proceso. Sobre este particular asunto versa justamente este libro.

Las pruebas periciales, especialmente las basadas en los conocimientos proporcionados por las llamadas ciencias «duras», plantean problemas específicos que no pueden ser obviados. Los problemas arrancan principalmente de la gran confianza que el público en general y los juristas en particular depositan en sus resultados, una falta de perspectiva crítica que, como consecuencia, descarga al juez de hacer un especial esfuerzo por fundar racionalmente su decisión: basta con alegar que hubo pericial científica y que ésta apuntaba justamente en la dirección de la decisión probatoria final. Es evidente que de ahí derivan algunos riesgos importantes. Seguramente el más visible y grave sea la falta de control sobre su validez y fiabilidad, lo que muchas veces permite la entrada en el proceso de información deficiente o datos incorrectos o exagerados que pueden aca-

rrrear serios errores judiciales. De hecho, el denominado Innocent Project y otros programas afines puestos en marcha en Estados Unidos para demostrar la inocencia de un buen número de condenados han puesto de relieve la fragilidad de muchas pruebas periciales sobre las que se basaban algunas de esas condenas. Pero no es sólo la posibilidad de cometer errores. El exceso de confianza comentado entraña un riesgo adicional, un efecto adverso desde el punto de vista institucional: en la medida en que el informe pericial se asume sin mayor control, podría decirse que, al final, es el propio perito quien indica al juez lo que debe creer sobre el factum probandum, sin que éste pueda separarse de tal juicio sin poderosas razones. Pero de este modo se termina convirtiendo a los peritos en decisores de la causa y, por consiguiente, instaurando un nuevo sistema de prueba fundado en la autoridad de los expertos.

Por los problemas señalados, con el desafío que suponen para una concepción racional de la prueba, y por el impacto creciente que las distintas disciplinas forenses tienen en todos los procesos, el campo de las pruebas periciales está conociendo un renovado interés en la literatura jurídica reciente. Desde los análisis realizados en la doctrina procesalista, prevalentemente basados en una interpretación de las normas y praxis judiciales existentes, hasta los desarrollados desde la filosofía del derecho, prevalentemente orientados por un análisis teórico y conceptual, son ya muy numerosos los estudios dedicados a los problemas que plantea el uso procesal de la pericia. Sin embargo, queda aún mucho camino por andar, y en este aspecto el libro de Carmen VÁZQUEZ tiene un interés propio.

Son varias las razones que hacen del libro un estudio relevante, original y valioso. De un lado, el enfoque adoptado. A diferencia de la mayoría de los trabajos sobre la prueba pericial realizados en nuestro ámbito cultural, que suelen contener análisis de tipo doctrinal o jurisprudencial, la aproximación al tema que aquí se sigue es de tipo epistemológico. Y más concretamente, en la medida en que la declaración del experto es una clase de testimonio, el libro tematiza como asunto central la justificación de las creencias obtenidas mediante la declaración del testigo experto. En este punto la autora no escatima esfuerzos. Haciéndose eco de las aportaciones más recientes efectuadas desde la epistemología del testimonio, reconstruye dos modelos normativos de prueba aptos para dar cuenta de las dos clases fundamentales de pericia: la realizada por el perito nombrado por las partes y la realizada por el perito nombrado por el juez. Precisamente en ofrecer un modelo distinto para cada clase de pericia reside, en mi opinión, la aportación fundamental y más original del libro.

La autora, en efecto, toma como base el binomio deferencia versus educación que ALLEN y MILLER usan para describir dos modelos de pericia: la que reposa en la confianza del juez en el experto (deferencia) y la que descansa en la necesaria formación e información del juez como vía para de-

cidir con base en el conocimiento (educación). Pero en contraste con estos autores, que abogan por la «educación» como modelo racionalmente exigible, ella entiende que existen diferencias epistémicas relevantes entre la prueba realizada por el perito de parte y la realizada por el perito de confianza del juez, y a partir de esas diferencias defiende un modelo deferencial para el segundo tipo de pericia. Por lo demás, el trabajo tiene una importante proyección jurídico-positiva que resulta sumamente valiosa, pues no se limita a justificar las razones de tal adscripción (pericial de parte/educación, pericial de oficio/deferencia), sino que desgrana también las exigencias normativas y prácticas (sobre el modo de selección de los peritos, la admisión y desarrollo de la prueba en el proceso, y la posterior valoración de sus resultados) en las que tales modelos habrían de plasmarse.

La defensa de un modelo deferencial para el perito elegido por el juez es para mí el punto más discutible del trabajo. No estoy segura de que un modelo puramente deferencial pueda considerarse racional, por más que se trate de un experto de la confianza del juez. Las razones que justifican la confianza en el experto (su competencia y sus motivos para actuar) no garantizan la veracidad de los resultados de la prueba, pues —más allá de la posible presencia de intereses espurios del perito— puede haber déficit y sesgos cognitivos en la pericia, o simplemente errores en su realización, o malinterpretaciones o sobrevaloraciones de sus resultados. Me parece por ello que si la decisión del juez ha de estar epistémicamente bien fundada, un mínimo grado de «educación» (incluso para seleccionar al «buen» perito) es siempre necesario. Una «educación» que puede ser provista por numerosas vías (desde el informe pericial, hasta el auxilio de la comunidad de expertos o la propia formación del juzgador) y que no pasa, como es obvio, por convertir al juez en un experto. Pero una educación —insisto— necesaria, pues sin ella la base cognoscitiva de la decisión judicial se debilita y el riesgo de error se hace más fuerte. En todo caso éste es un asunto controvertido y complejo sobre el que merece la pena profundizar, y de lo que no cabe duda es de que el libro de Carmen VÁZQUEZ ofrece serios y muy potentes argumentos para el debate.

Este libro es el fruto de una tesis doctoral. Formé parte del tribunal que la juzgó y me complace y honra presentarlo ahora. Conocí a Carmen en México hace ya algunos años y desde entonces he podido ver la ilusión y el empeño que pone en su trabajo. Pero también su seriedad y buen hacer como investigadora, porque analizar la prueba pericial desde la epistemología del testimonio probablemente no es la opción más sencilla o menos esforzada. Ésa es la vía que ella ha escogido y, a la vista del resultado, es claro que el esfuerzo ha merecido la pena: el libro que ahora se publica es un excelente estudio que, analizando centralmente el aspecto testimonial de la pericia, contribuye de manera importante a la construcción de una teoría racional de la prueba pericial. Seguramente articular una respuesta integral a los problemas que plantea la pericia requiera atender también a

otros puntos cruciales; por ejemplo —y muy especialmente— al modo en que la información experta es transmitida al juez en el informe. Y es posible también que algunas de las ideas sostenidas o de las propuestas sugeridas resulten discutibles o controvertidas. En todo caso nada de esto resta valor al libro. Al contrario, por más que haya que estudiar otros aspectos clave de este instituto probatorio, lo que es indudable es que la experticia entra en el proceso a través del testimonio, y el libro de Carmen VÁZQUEZ ofrece un sólido análisis de este aspecto central. Que además esté lleno de sugerencias e ideas que a veces puedan resultar polémicas acentúa su valor, pues tales elementos brindan un magnífico estímulo para seguir discutiendo y avanzando. Discutir y avanzar. Éste es quizás el único objetivo al que podemos aspirar con nuestro trabajo, y el libro de Carmen VÁZQUEZ supera ese objetivo con creces.

Albacete, septiembre de 2015.

Marina GASCÓN ABELLÁN

NOTA PRELIMINAR

Este libro es resultado de un trabajo que inicié con mi tesis doctoral*. Un largo camino que no hubiese podido andar sin el soporte humano, afectivo, técnico y, por supuesto, cognitivo de muchas personas que han estado a mi lado. Quiero aprovechar este espacio para dejar constancia de mi agradecimiento a todos aquellos que de una u otra manera me acompañaron.

En primer lugar, a Marina GASCÓN ABELLÁN, Susan HAACK y Giovanni TUZET como miembros del tribunal que juzgó la tesis doctoral. Su cuidadosa lectura de mi trabajo que generó sus múltiples observaciones, críticas y sugerencias me permitieron, sin duda alguna, mejorar las ideas inicialmente planteadas. Enfatizo mi agradecimiento a Susan HAACK por todas sus enseñanzas, tiempo y atenciones en mis estancias de investigación con ella en la Universidad de Miami y durante sus visitas en la Universitat de Girona.

Por supuesto, a mi director de tesis, Jordi FERRER BELTRÁN, de quien no sólo he aprendido de la filosofía del derecho en general y en particular de la institución probatoria, sino la maravilla de trabajar en equipo y hacer de un proyecto común algo sumamente valioso. Muchas gracias por todo el tiempo invertido en mis dudas, errores, borradores y las interminables (y para mí siempre fructíferas) discusiones de ideas.

* Para la realización de la cual tuve un beca FPI otorgada por el entonces Ministerio de Educación y Ciencia español bajo el proyecto «Causalidad e imputación de responsabilidad» (SEJ2007-67491-C02-02/JURI). También fui beneficiada mediante mi participación en los proyectos «Ciencia y proceso judicial: prueba y atribución de responsabilidad» (DER2010-21331-C02-02), del Ministerio de Ciencia e Innovación, e «Incertidumbre y daños masivos: causalidad y prueba» (DER2011-14594-E), también del Ministerio de Ciencia e Innovación.

A Michele TARUFFO, por su disponibilidad para responder a mis cuestionamientos y por asumir su faceta procesalista exigiéndome aterrizar planteamientos filosóficos a realidades jurídicas. A Larry LAUDAN, por atender a mis consultas y, sobre todo, por sus retos filosóficos a mis planteamientos jurídicos. A Daniel GONZÁLEZ LAGIER y Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ, por su lectura y atinados comentarios.

He tenido la gran suerte de formarme en un espacio en el que —creo— se piensa y se discute genuinamente el derecho: el grupo de filosofía del derecho de la Universitat de Girona, donde he podido desarrollar este trabajo de investigación, discutir muchas de las ideas que lo conforman, exponer en múltiples ocasiones diversos borradores y, obviamente, fortalecer mediante la crítica constructiva y la generosa atención de mis colegas y amigos, a quienes agradeceré infinitamente: Maribel NARVÁEZ MORA, Giovanni BATTISTA RATTI, Raúl CALVO SOLER, Rocío LÓPEZ MEDINA, Nicola MUFATTO, Lorena RAMÍREZ LUDEÑA, Arturo BÁRCENA ZUBIETA, Gonzalo SEIJAS, Adrian SGARBI, Janaina ROLAND MATIDA, Marcela CHAHUAN ZEDAN, Jonatan VALENZUELA SALDIAS, Sebastián FIGUEROA RUBIO, Pablo RAPETTI, Pedro HADDAD BERNAT, Jorge SENDRA MOLL, Matias PARMIGIANI, Andrej KRISTAN, Marco SEGATTI, Marcela ARAYA y, muy especialmente, a Diego MARTIN PAPAYANNIS y Carolina FERNÁNDEZ BLANCO.

También a otros tantos colegas y amigos con los que he discutido algún punto de la tesis en algún contexto académico, en particular a Antonio MORTERA, Amelia GASCÓN, Laura ROTH, Rachel HERDY, Vitor DE PAULA RAMOS y Raymundo GAMA. Y, en general, a aquellos que con sus preguntas me hicieron repensar algunos de los argumentos planteados en este libro en el VI Congreso Internacional de Derecho y Ciencias Forenses organizado en la Universidad Autónoma de Chile; en el seminario Il Ragionamento Probatorio organizado en la Università Commerciale Luigi Bocconi; en el *workshop* Ciencia y Proceso Judicial co-organizado por el CONICET y la Cátedra de Cultura Jurídica; en el XXI Seminario Hispano-Franco-Italiano de Teoría del Derecho organizado en la Universidad de Alicante, y en el I Encuentro de Filosofía del Derecho de la Universitat Pompeu Fabra y la Universitat de Girona.

Y no podría dejar de agradecer a todos aquellos que en algún momento han jugado el rol de mis alumnos en la facultad de derecho de la Universitat de Girona, quienes me han enseñado, entre muchas otras cosas, el placer de mejorar las ideas compartiéndolas.

Girona, 5 de julio del 2015.

INTRODUCCIÓN

En los procesos judiciales una de las pruebas empleadas tanto por las partes como por el propio juez para la toma de decisión sobre los hechos es el conocimiento experto. En la mayoría de los sistemas de justicia actuales la forma en que dicho conocimiento entra al proceso es mediante un tercero y no, por ejemplo, teniendo algún tipo de juez-experto. En esta situación, el juez debe de alguna manera evaluar la calidad de los conocimientos de ese tercero y/o incluso al tercero mismo a efectos de poder usar su testimonio en el razonamiento fáctico.

En este libro se abordan algunos problemas epistemológicos implicados en este amplio panorama (*i.e.*, se analiza la prueba pericial desde una perspectiva epistemológica y iusfilosófica). Por ello, no se trata de un estudio de las reglas que rigen la prueba pericial en un sistema jurídico en particular, aun cuando da cuenta de diversos elementos que suelen estar presentes en muchos de los sistemas que prevén este tipo de elementos de prueba, sino que los presupuestos y las propuestas que se realizan tienen una pretensión de generalidad. Aunque asumo que muchos de tales presupuestos son más familiares a la tradición romano-germánica, e incluso algunas propuestas parecen a día de hoy más fácilmente aplicables en los sistemas de esta tradición.

Si bien es cierto que una cuestión fundamental al abordar la prueba pericial es qué significa *ser* experto o cuáles son los criterios de calidad del conocimiento experto, los análisis epistemológicos (no netamente procesales) que se han hecho sobre este medio de prueba ponen prácticamente todo el énfasis en responder a ello y han descuidado un punto fundamental: el funcionamiento de la prueba pericial como fuente de conocimiento. Este trabajo parte precisamente de sostener que los problemas epistemológi-

cos de la prueba pericial no radican exclusivamente en quién es un experto, sino, en último término, en cómo el juez aprende del experto.

Atendiendo a lo anterior, la tesis que sirve de hilo conductor a este libro es que la prueba pericial es un tipo de lo que en epistemología se conoce como testimonio. Es decir, el juez conoce testimonialmente la información experta que usa en su razonamiento sobre los hechos de un caso. La pregunta que resulta entonces relevante es cuándo podemos decir que un juez está justificado en adquirir creencias o conocimiento experto *mediante* un tercero, no directamente o de primera mano.

Es bien sabido que en muchos sistemas jurídicos conviven en mayor o menor medida dos categorías de pruebas periciales, el perito seleccionado por las partes y el perito oficial o perito designado de alguna manera por el propio juez. Tal como sucede en la vida cotidiana, algunas veces tenemos la opción de seleccionar al que en determinadas circunstancias consideramos el mejor experto disponible en un tema y otras veces simplemente nos enfrentamos a afirmaciones de un tercero que se acredita o se pretende acreditar como experto. Estas diferencias iniciales, como veremos, constituyen diferencias sustanciales que permiten considerar que el testimonio pericial no es una categoría unitaria y, por ello, la justificación testimonial del juez en cada una de ellas dependería de cuestiones diversas.

Con este objetivo en juego, el libro consta fundamentalmente de cuatro capítulos que podrían incluso concebirse en dos apartados. El primero, de corte más descriptivo, versa sobre algunos aspectos centrales de los sistemas de derecho romano-germánico en cuanto a la prueba pericial y ofrece una reconstrucción de una parte relevante de la experiencia estadounidense en el tema. El segundo apartado, en cambio, es más normativo, al menos en sentido epistémico, pues se construyen dos modelos de prueba pericial fundamentados en concepciones diversas sobre la justificación testimonial dada las diferencias epistemológicamente relevantes entre un perito nombrado por el juez y un perito de parte. Finalmente, hay un quinto capítulo con lo que pretenden ser sugerencias prácticas inferidas de lo dicho en todos los capítulos anteriores y teniendo como destinatarios los diversos actores que cobran relevancia en la práctica de las pruebas periciales. Así, la estructura de los capítulos está organizada de la siguiente manera:

El primer capítulo constituye básicamente un esquema general de los problemas sobre la prueba pericial, la forma en cómo han sido enfrentados y algunas deficiencias de ello. Por ejemplo, se cuestiona el uso de la imparcialidad del perito como criterio fundamental para evaluar la calidad de una prueba pericial; diferenciándose, además, distintos sentidos de «imparcialidad» relevantes en este contexto. La línea general del capítulo, en mi opinión, es representada por el subtítulo del mismo «Del género a la especie», pues enfatiza que la prueba pericial requiere ser analizada dentro de una concepción más general de la institución probatoria, y en este sentido,

la concepción que sobre ésta se tenga delimita el análisis que se haga sobre los distintos tipos de elementos de juicio. Pero también se plantea el escenario de la epistemología del testimonio para discernir sobre las concepciones a adoptar para dar cuenta de los testimonios periciales.

Este primer capítulo tiene como objetivo realizar un trabajo analítico que permita distinguir las diversas discusiones, problemas y soluciones implicadas en la admisión, práctica y valoración de la prueba pericial. Una cuestión bastante común en el tema es encontrar toda la discusión epistemológica de alguna manera reducida a la valoración de este tipo de pruebas y muchas veces resumida en listados de criterios para supuestamente valorar su calidad. En cambio, creo que es fundamental realizar un análisis más extendido de la misma que permita identificar cuándo es relevante qué; qué problemas son fundamentalmente de la prueba pericial y qué problemas le vienen «heredados» de la institución probatoria en general, etcétera.

El segundo capítulo está completamente dedicado a la experiencia estadounidense básicamente por tres razones: el amplio y rico material doctrinal y jurisprudencial en el tema; su abordaje epistemológico, habiendo marcado un giro significativo en la valoración de la prueba pericial, pasando de enfocarse exclusivamente en la persona del perito a prestar más atención a las afirmaciones periciales con independencia de aquél, y, desde luego, el impacto que ha tenido en nuestros sistemas, fundamentalmente mediante los criterios enunciados por la Suprema Corte de Justicia en el caso *Daubert*. Sin embargo, los planteamientos estadounidenses no están exentos de problemas en sí mismos, además de la inadecuación de al menos algunos de éstos a nuestros sistemas, lo que es indispensable tener en cuenta en cualquier intento de «trasplante» de los mismos.

Una de las discusiones importantes en este segundo capítulo es la crítica a la científicidad de las pruebas como coextensión de su fiabilidad, lo que parece estar muy en boga actualmente en el análisis de la prueba pericial en nuestros países, cuando la científicidad y la fiabilidad son en realidad cuestiones diversas. El criterio de la científicidad nos conduce irremediablemente al problema de la demarcación entre lo que es científico y lo que no lo es, discutido por muchos años en la filosofía de la ciencia y abandonado por la gran mayoría como un pseudoproblema; entre otras razones, enfatizando la gran heterogeneidad epistémica de todo aquello que conforma la empresa científica.

En este punto, como parte del contexto de descubrimiento de este libro, debo decir que el curso del trabajo ha seguido una dirección que va *de la prueba científica a la prueba pericial*, y de ahí el título del mismo. En efecto, inicié esta investigación pretendiendo distinguir las pruebas periciales de las pruebas científicas hasta que la epistemología y la filosofía de la ciencia me llevaron a constatar que la vía más fructífera era abocarme a los problemas sobre la justificación del conocimiento adquirido a través de tes-

timonios expertos antes que a trazar límites espurios en el mar de la investigación empírica.

Entonces, teniendo como objeto de análisis el conocimiento experto en general, los siguientes dos capítulos se plantean partiendo de la etapa de admisión probatoria, pasando por la actividad probatoria y el principio de contradicción, para finalmente arribar a la valoración de la prueba. Todo ello teniendo en cuenta las diferencias entre los distintos tipos de prueba pericial y las posibilidades de control que ambas permiten.

El objetivo del tercer capítulo es la prueba pericial de parte. El perito de parte sufre de una parcialidad estructural, es decir, si las afirmaciones periciales no fueran favorables a quien lo presenta, éste simplemente no lo presentaría; por ello, para este tipo de pruebas es necesario establecer algunos controles jurídicos para su admisibilidad a efectos de limitar a las partes en su genuino y legítimo interés por ganar un proceso judicial. El perito de parte no sólo ha sido elegido por ésta, sino instruido respecto de cuál es el problema a abordar, aunado a que las operaciones periciales realizadas suelen no ser susceptibles de controles procesales, dado que generalmente se realizan antes del proceso judicial. Por estas razones el principio del contradictorio como herramienta cognoscitiva para el juez juega un rol fundamental, acentuándose la necesidad de que los jueces asuman un rol activo en la práctica del informe pericial admitido a efectos de tener razones positivas para creer en las afirmaciones que le han sido presentadas.

Entre esas razones vale la pena aludir a la fiabilidad de los métodos, técnicas, etc., empleadas por los expertos y de la cual, como veremos, se requiere información empírica sobre cómo de hecho están funcionando, y no sólo meras explicaciones sobre cómo supuestamente funcionan. Dentro de tal información, los juristas debemos prestar especial atención no únicamente a la probabilidad de acierto, sino a los errores, su frecuencia y sus fuentes.

En cambio, el capítulo cuarto aborda la prueba pericial oficial o al perito seleccionado de alguna manera por el juez o, mejor aún, al perito de confianza de los jueces. En este tipo de prueba pericial la atención no debe centrarse simplemente en que el experto es seleccionado por el juez, sino en *cómo es seleccionado* por éste. Los jueces deben tener razones para confiar en el perito que nombren y, con ello, razones para creer en el testimonio ofrecido. Dado que, además de la selección del perito hecha por el juez, las operaciones periciales son también susceptibles de control procesal, es necesario enfatizar la importancia del principio del contradictorio como herramienta de defensa de las partes, asumiendo éstas un rol activo en el cuestionamiento de toda la actividad pericial así desarrollada.

Si se asume una actitud razonablemente activa tanto por los jueces como por las propias partes es probable que se generen y/o identifiquen más desacuerdos entre los expertos. La concepción tradicional del cono-

cimiento experto e incluso de la prueba pericial ha asumido que el origen de éstos radica en la parcialidad de al menos uno de los peritos; sin embargo, un análisis más profundo al respecto nos lleva a aceptar la existencia de desacuerdos genuinos. En cualquier caso, antes de acudir a reglas de decisión al respecto valdría la pena dotar al juez de mecanismos para intentar gestionar los desacuerdos y obtener información a partir de éstos.

Todos estos temas conforman los cuatro capítulos principales del libro. Puesto que se trata de un trabajo de epistemología jurídica quizá es necesario advertir que se dejan de lado importantes cuestiones como los aspectos económicos del uso de la prueba pericial en nuestros sistemas jurídicos, tanto respecto del mercado que pueda suponer para los peritos, como de las posibilidades de acceso para las partes, especialmente para aquéllos más desfavorecidos. Evidentemente no se trata de un trabajo exhaustivo, ni lo pretende ser, sobre todo porque considero que muchos de los problemas que presentan los muy distintos tipos de conocimiento experto son abordables sólo a partir de trabajos que versen exclusivamente sobre ellos y, quizá, realizados en gran medida por los propios expertos.

El uso del conocimiento experto para la toma de decisión judicial sobre los hechos supone muchos problemas complejos y distintos, aunque entrelazados, requiriendo un trabajo colaborativo entre los juristas y los expertos de otras áreas de conocimiento que permita, no digo ya la solución de los problemas, sino vías de mejora tanto en la calidad de la información disponible como en su tratamiento jurídico. Los estudiosos del derecho sólo podemos abordar parte de esos problemas, por ejemplo, abonando a delimitar y construir una especie de marco teórico de lo que sería —o debería ser— un buen desarrollo de la prueba pericial.

En la construcción de ese marco vale la pena partir de tres consideraciones generales que pudieran permitir una relación más sana (y seria) del derecho con el conocimiento experto. Primero, centramos en los conocimientos expertos que tienen cabida generalmente en el ámbito jurisdiccional, pensando de forma más concreta en ellos y en su aplicación a los hechos del caso. Segundo, habría que enfocarse menos en los peritos individuales y mucho más en las comunidades expertas, atendiendo a ese aspecto social ineludible que conforma el conocimiento experto. Finalmente, tercero, como juristas no podemos olvidar que, frente al conocimiento experto, los jueces deben tomar decisiones con reglas; para ello los jueces requieren de herramientas normativas que les ayuden a realizar (incluso a entender) mejor su labor pero también una mejor formación.

Como ya podrá inferir el lector, este libro asume fundamentalmente el punto de vista del juez que decide con conocimiento experto una vez que justificadamente lo ha adquirido. Para finalizar esta introducción vale la pena decir que conocer mediante un tercero no es una situación privativa del ámbito jurídico y/o de la falta de conocimientos de los jugadores de

los hechos, pues en nuestras sociedades actuales la regla es más bien la división del trabajo cognitivo entre los diversos sujetos que la conforman, en la que unos conocen de segunda mano lo que otros conocen en primera persona. Cabe entonces plantear cómo encajarían los distintos tipos de prueba pericial en una concepción más amplia de la administración de justicia que asuma precisamente que los individuos en lo particular no tienen el tiempo, la capacidad o las habilidades necesarias para conocer lo que ahora entre todos conocemos.

CAPÍTULO 1

LA PRUEBA, EL TESTIMONIO Y LA PRUEBA PERICIAL. DEL GÉNERO A LA ESPECIE

1. LA PRUEBA PERICIAL

Actualmente las sociedades operan de forma ordinaria presuponiendo información especializada de muy diversos tipos; así, nos transportamos de un lugar a otro en aviones, nos sometemos a cada vez más complejas (aunque quizá tecnológicamente más fáciles) intervenciones médicas, acudimos a muy diversos métodos de procreación (baste pensar en la llamada maternidad subrogada¹ o a la fecundación *post mortem*), nos sometemos a diversas terapias génicas como posibilidad de cura de ciertas enfermedades, consumimos alimentos transgénicos, utilizamos diversos tipos de energías, pensamos ya en la posibilidad de hacer viajes turísticos al espacio, etc. En todo este amplio contexto, dado el rol de dicha información experta en las múltiples actividades de las sociedades, en el derecho se afrontan algunos nuevos problemas mientras otros antiguos se replantean.

En el ámbito procesal, esta situación también se ha traducido en un aumento de las controversias judiciales que tienen origen en información ex-

¹ Por ejemplo, con todos los desarrollos de la ingeniería genética en la separación de los componentes de la procreación y la maternidad es perfectamente posible que un niño pueda potencialmente tener hasta cinco «padres»: el padre y la madre que figuran jurídicamente como tales, la madre genética que es la donadora del óvulo, la madre subrogada que facilitó el útero en que se desarrolló el embrión y el padre genético que donó el esperma.

perta o alguna relación con ella². Los casos van desde los daños por el empleo de sustancias tóxicas o el consumo de ciertos fármacos, el ahora cotidiano análisis de ADN para la identificación de personas, la diversidad de trastornos psicológicos que se arguyen en los procesos judiciales, los dictámenes contables, la responsabilidad médica o la *malpraxis* y un muy largo etcétera. Así, en dicho contexto ahora parece bastante común, y muchas veces necesario, que las partes, con el fin de probar sus afirmaciones, presenten algún tipo de información especializada como elemento de juicio y/o que el juzgador haga uso de ésta para determinar los hechos o, incluso, para valorar las pruebas³.

La conocida como prueba pericial plantea muy diversos problemas susceptibles de intensas discusiones⁴: quién es el experto que puede actuar como perito; el rol del perito y la actividad del juzgador frente a éste; el tipo de juzgador para valorar el conocimiento experto; los criterios jurídicos implicados en la admisión, la práctica y la valoración de dicha información; múltiples cuestiones propias de las muy distintas áreas de conocimiento y su impacto para la prueba jurídica; los costos de esta práctica

² Como ejemplo de esto pueden citarse las prácticas científicas que se encuentran reguladas por el derecho. Como, por ejemplo, el título del Código Penal español denominado «Delitos relativos a la manipulación genética», entre cuyos artículos, el 169, núm. 1, reza: «Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos *de manera que se altere el genotipo*».

³ La evolución de este tipo de pruebas parece estar relacionada en diversos sentidos con la complejidad de las inferencias implicadas en el razonamiento experto. Así, por ejemplo, afirma DWYER (2007: 101) en el derecho inglés del siglo XVI: «Las cuestiones de especialización eran del tipo: ¿qué significa esta palabra de una lengua extranjera?, por lo que los expertos eran básicamente lingüistas. Mientras en el siglo XVII se añadieron dos tipos de preguntas: ¿cuál cree el experto que es la naturaleza de las cosas? (por ejemplo, la duración de la gestación) y ¿cuál es la práctica de los expertos? (como el uso de medidas estándares). Después, desde 1730 se ven casos en los que se pide a cirujanos, farmacéuticos o médicos apliquen su conocimiento a individuos y no sólo se limitan a describir el estado del arte de la cuestión».

⁴ Según DWYER (2007: 96), en el contexto inglés hasta 1790 no hubo un término jurídico para lo que ahora se conoce ahí como «*expert witness*». Aunque, al parecer, antes de la regulación de la «*expert opinion*» en la segunda mitad del siglo XVIII, diversos profesionales y disciplinas eran presentados con el objetivo de contar con cierta «asesoría especializada» [dependiendo del periodo histórico eran asesores de los tribunales, asesores de las partes o «jurados especiales» (*special jury*)]. El primer caso inglés registrado en que se discute la admisibilidad de la «*expert evidence*» es *Folkes v. Chadd* en 1782, y su importancia parece haber radicado en que dicho tipo de pruebas fue, por primera vez, presentada ante el jurado.

Por lo que toca a los sistemas de derecho continental, LECLERC (2005: 37) afirma que en Francia, por ejemplo, «*expert*» no fue usado como un sustantivo jurídico hasta finales del siglo XVIII y como adjetivo hacía referencia a una persona con ciertas habilidades prácticas y no a un tipo de conocimiento especial.

En España, por ejemplo, MIGUEL Y ALONSO (1972: 67 y 68) afirma que en las *Partidas del rey Alfonso X el Sabio* (1265) «aparece la figura del perito con una cierta directriz científica» para «llega[r] a la convicción de la autenticidad del documento mediante la opinión de buenos *omes e sabedores*». Posteriormente, la ley de enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio de 1830 hablaría únicamente del *juicio de expertos* que podrá tener lugar sobre puntos de hecho, hasta llegar a la ley de enjuiciamiento civil de 1855, cuya comisión codificadora reguló el *juicio de peritos*.

probatoria y las posibilidades económicas de las partes del juicio o incluso la asignación de recursos estatales para ello, etcétera.

Muchos de estos temas, además, están estrechamente relacionados con cuestiones generales del proceso judicial o de la institución probatoria. Pensemos, por ejemplo, en el criterio de relevancia para la admisión de todo elemento de juicio, o en la práctica probatoria realizada bajo determinados principios procesales como el contradictorio, o en el nivel de suficiencia exigido para dar por probada una hipótesis y, con ello, resolver el caso en cuestión, etc. Por ello es posible decir que en el análisis de la prueba pericial algunos de los problemas a abordar son «heredados» del género a la especie, es decir, problemas de la institución probatoria que se ven reflejados (muchas veces de forma más evidente) en la práctica de este tipo concreto de elemento de prueba, y, en cambio, otros son propios del uso de información especializada brindada por un tercero en el contexto procesal.

Tomando en cuenta lo anterior, a efectos de ubicar y analizar las muy diversas cuestiones que plantea la prueba pericial, considero muy útil empezar separando los términos «prueba» y «pericial», y, en consecuencia, estructurar este capítulo en cuatro partes. La primera de ellas tendrá como objetivo plantear el marco general de la prueba en el derecho, sentando las premisas a partir de las cuales se analizará la prueba pericial como especie de dicho género, además de un análisis que permita profundizar en qué es *ser* experto, enfatizando su carácter tanto personal como social, es decir, su percepción de ciertos hechos y sus esquemas de interpretación. En una segunda parte se plantea el carácter testimonial de la prueba pericial y los problemas epistemológicos que surgen a partir de ello para la justificación de las creencias o el conocimiento adquirido por el juez mediante un perito. Posteriormente, en una tercera parte se delimitarán algunos aspectos epistemológicos relevantes que subyacen en este trabajo y que son necesarios para comprender los planteamientos de los problemas que se abordarán en el resto de los capítulos que están por venir. Y, finalmente, en una cuarta parte se bosquejará el proyecto concreto que pretendo desarrollar en los capítulos 3 y 4 de este libro, es decir, sugerir dos posibles modelos de pruebas periciales atendiendo a si se trata de un perito de parte o de un perito nombrado de alguna manera por el juez.

1.1. La prueba en el derecho

El término «prueba» es ambiguo. Con él podemos hacer referencia a los elementos de juicio, a la práctica probatoria y al resultado probatorio. Con estas distinciones es posible clasificar las normas sobre la prueba en un sistema jurídico atendiendo al objeto que regulan en: reglas sobre los medios de pruebas, reglas sobre la práctica de las pruebas admitidas y reglas sobre el resultado de las pruebas admitidas y practicadas. E incluso tal distinción

sirve también para referir a los diversos elementos que conforman un derecho prácticamente reconocido (explícita o implícitamente) por todos los Estados democráticos actuales: el derecho a la prueba. Así, en términos generales, diríamos que este derecho teóricamente exigiría:

- a) La admisión de todos los medios de prueba relevantes para demostrar la verdad de las afirmaciones sobre los hechos ⁵.
- b) La práctica de los elementos de prueba admitidos, pues de poco o nada serviría que se admitan si luego no serán de alguna manera escuchados.
- c) Y, finalmente, que los elementos admitidos y practicados sean valorados racionalmente por el juzgador en cuestión ⁶.

Veamos someramente algunas cuestiones esenciales de cada uno de los incisos anteriores; ello permitirá bosquejar los problemas más generales que como especie sufre la prueba pericial.

En la admisión de la prueba encontramos una de las peculiaridades jurídicas más importantes de la institución probatoria, que se resume en la máxima *quid non est in actis non est in mundo* (FERRER, 2007: 42) ⁷. Esto es, para la determinación de los hechos sólo se tomará en cuenta el subconjunto de pruebas relevantes admitidas y practicadas en el juicio. Como es bien sabido, el criterio básico a considerar para que determinada información forme parte de los elementos de prueba que *pueden* probar una proposición fáctica es la relevancia ⁸. Según STEPHEN (1876: ix):

Un hecho *es* relevante para otro hecho cuando se puede demostrar que la existencia de uno es la causa o una de las causas, el efecto o uno de los

⁵ Como se verá, esta afirmación admite matices relacionados, sobre todo, con ciertas reglas de exclusión.

⁶ La valoración racional generalmente no es concebida por la doctrina como parte del derecho a la prueba. Sin embargo, como afirma FERRER (2007: 56), los otros elementos del derecho a la prueba devienen inútiles si no están acompañados de este corolario, pues de nada serviría que las pruebas fueran admitidas y practicadas si finalmente todo dependerá de la subjetividad de cada uno de los jueces.

⁷ Aunque vale la pena advertir también que la locución está pensada para un proceso judicial escrito en el que todo aquel material que el juez podría considerar para su toma de decisión debería estar *in actis*, es decir, en el expediente. Ahora que muchos de nuestros procesos judiciales son orales, bastaría con no hacer una interpretación literal de *actis* sino una más amplia que de cabida a las afirmaciones realizadas en las audiencias respectivas.

⁸ En algunos ordenamientos se utiliza el término «pertinencia» en lugar de —o junto a— el de «relevancia». Éste último es una palabra ambigua pues puede hacer alusión en el contexto de interés para la prueba al menos a la relevancia probatoria y, otras veces, a la relevancia jurídica (también conocida como materialidad, es decir, los hechos del mundo que el derecho considera relevantes para que sean materia de prueba). Aquí consideraré que la relevancia probatoria y la pertinencia son sinónimos. Y, en todo caso, un estupendo trabajo sobre la noción de relevancia puede verse en MUFFATO (2012).

Pese a que algunos ordenamientos jurídicos además del criterio de relevancia, enuncian otros criterios generales aplicables a todo tipo de pruebas (entre ellos, por ejemplo, la utilidad o la idoneidad o la necesidad), por ahora, no haré referencia alguna al respecto.

efectos, de la existencia del otro, o cuando la existencia de uno, ya sea por sí solo o con otros hechos, hace más probable o improbable la existencia del otro, *de acuerdo al común devenir de los eventos*.

Subrayo «es» y «de acuerdo al común devenir de los eventos» porque da la pauta para diferenciar la relevancia como una cuestión que depende del mundo, y es, en ese sentido, *a posteriori*, y el juicio de relevancia como una decisión dependiente del conocimiento que se tiene sobre cómo es el mundo. Desde luego, en el proceso judicial a efectos de admitir un elemento de prueba está en juego un juicio de relevancia realizado por el juez correspondiente⁹, y se trata de una decisión judicial que se caracteriza por ser individual, es decir, el juez decide sobre cada uno de los diversos elementos de prueba¹⁰; relacional, pues una prueba no es relevante o irrelevante en sí misma, sino en función de su relación con los hechos a determinar¹¹; de todo-nada, al menos *a efectos procesales* es categórico dado que el resultado de calificar a una prueba como relevante o irrelevante sólo puede ser su admisión o su exclusión¹², y, finalmente, dinámica, porque depende de las circunstancias concretas de cada caso existentes al momento de determinar la admisibilidad.

⁹ Como afirma FERRER (2007: 69): «Dado que el juicio de relevancia de la prueba debe realizarse necesariamente *ex ante* respecto de la práctica de la prueba misma, se tratará de un juicio hipotético acerca de su resultado».

¹⁰ Esto, sin embargo, hace surgir un atomismo no siempre justificado, dado que algunas pruebas resultan relevantes únicamente en vinculación con otras pruebas, es decir, si se adopta una concepción más bien holista. El ejemplo quizá más clásico son aquellas pruebas que se presentan en un proceso judicial con el objetivo de cuestionar la fiabilidad de otras pruebas ya presentadas (las conocidas como prueba sobre la prueba), que pese a no tener relación directa con los hechos del caso son relevantes para la valoración adecuada de pruebas que sí tienen relación directa con éstos [GÁSCON INCHAUSTI (1999: 10)]. Al respecto véase HAACK (2008c). Sobre el atomismo y el holismo, pero en la justificación de la decisión sobre el conjunto de pruebas, puede verse ACCATINO (2014).

¹¹ Sobre los hechos a probar es importante distinguir entre relevancia y *materialidad*. Esta última se identifica en la doctrina de formas tan diversas como relevancia jurídica, hecho constitutivo, hecho principal, supuesto de hecho, etc., y alude a qué hechos deben ser probados para la toma de decisión. El término «materialidad» se aplica a las proposiciones formuladas por las partes y relacionadas con lo establecido previamente por el legislador en el derecho sustantivo, mientras «relevancia» se aplica a las pruebas que pueden confirmar o refutar dichas proposiciones. Al respecto puede verse TARUFFO (2008: 39).

¹² En este punto resulta muy oportuno acudir a MICHAEL y ADLER (1931: 99-104), quienes sugieren distinguir entre la cualidad de «ser probatorio» («*probativity*») y la calidad de «ser probatorio». Una proposición es o no-es probatoria y, si lo es, entonces lo es en mayor o menor grado (lo que identifican como «fuerza probatoria»). La cualidad de ser probatorio es la relevancia: «Una proposición es relevante con independencia de cuán lejana pueda estar en una serie de proposiciones probatorias; en ese caso, se puede hablar de una “proposición remotamente relevante”, donde “remoto” califica a la proposición y no a su relevancia».

ANDERSON, SCHUM y TWINING (2005: 63) usan la expresión «relevancia indirecta» («*indirectly relevant*»). Un caso claro de esta posibilidad se da en las llamadas pruebas sobre la prueba, es decir, aquellos elementos de juicio que se presentan para fortalecer o acreditar la fiabilidad de otras pruebas claramente relevantes (por ejemplo, un testimonio sobre la credibilidad de un testigo presencial o una prueba pericial sobre la fiabilidad de un instrumento determinado, etc.). Sobre este punto véase GÁSCON INCHAUSTI (1999).