

ANUARIO

Nº34 · 2018

**Ciertas dudas que deja el
fallo Daubert**

Páginas 43-59

CIERTAS DUDAS QUE DEJA EL FALLO DAUBERT

Juan Sebastián Vera Sánchez

Doctor en Derecho, Universidad Austral de Chile, Valdivia.
juan.vera@uach.cl.

RESUMEN

Comentario a partir de las asunciones en la obra *De la prueba científica a la prueba pericial* de Carmen Vázquez (capítulo II). Este trabajo estará referido a algunas críticas respecto a los presupuestos epistemológicos del fallo Daubert y una consecuencia política en relación con la exclusión de la prueba pericial.

PALABRAS CLAVE

prueba pericial, prueba científica, reglas de exclusión

CERTAIN DOUBTS ON THE DAUBERT DECISION

ABSTRACT

This work is a comment on chapter II of the book: "From scientific proof to the expert evidence" by Carmen Vázquez. This paper will be referred to some critics about epistemological bases of the Daubert case and one political effect from exclusion of expert evidence .

KEYWORDS

expert evidence, scientific proof, exclusionary rules.

NOTA DEL AUTOR: Me gustaría, antes de comenzar, señalar que la obra de Carmen Vázquez es, si no la más, una de las más importantes en lengua castellana acerca de la prueba pericial. Por ello es un honor cuestionar (o intentar hacerlo) alguna de las premisas contenidas en el capítulo segundo de la obra. Más aún —de acuerdo con una verdadera imprudencia académica temeraria— cuando no presento formación especializada en teoría del derecho y he abordado la temática de la prueba desde una perspectiva más bien dogmática.

Los alcances del caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc*¹., con todos sus pronunciamientos jurisdiccionales, constituyen un referente mundial en lo que dice relación con la admisión probatoria de la prueba pericial. No por nada algunos autores norteamericanos señalan que las consecuencias interpretativas del caso *Daubert* se corresponden con el más radical, súbito y consecuencial cambio en la moderna historia del derecho probatorio. (Berstein, 2007: 102). Por ello, vale la pena preguntarse si este puede presentar alguna utilidad para fundar la exclusión de la prueba pericial en los ordenamientos jurídicos del *civil law*.

En lo que sigue esbozaré algunos comentarios sobre ciertos inconvenientes teóricos que, a mi modo de ver, dificultan que el contenido del fallo *Daubert* y su evolución puedan servir de fundamento general para la exclusión de la prueba pericial en la fase intermedia de los procedimientos penales continentales de herencia románica. En lo particular, abordaré dos asunciones epistémicas y una vinculada a la teoría de la prueba.

En primer lugar, me referiré al paternalismo epistémico que sirve de base a los criterios *Daubert*. En segundo lugar, al reemplazo del dilema de la demarcación por el criterio de la fiabilidad de la pericia. Y, en tercer lugar, a la alteración de la distribución indirecta del riesgo de error que puede generar dicha regla de exclusión en relación con el estándar de la duda razonable que opera en materia penal.

1 Corte Suprema *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* (92-102), 509 U.S. (1993), junio 28, 1993.

I. PATERNALISMO EPISTÉMICO

Se ha afirmado que los criterios Daubert, y su evolución son la concreción de un cierto paternalismo epistémico, pues confieren al juez una función de guardián del conocimiento en favor del jurado. En efecto, la finalidad de ello es impedir que prueba pericial de baja calidad epistémica llegue a juicio, ya que el jurado tendría una posición débil para poder valorarla adecuadamente. El fallo Daubert reconoce que el juez tiene la función de *gatekeeping* o custodio de la calidad de la prueba. Ello se basa en una desconfianza respecto de las facultades cognitivas del jurado. Aunque sin decirlo, el fallo Daubert asume que un jurado compuesto por legos o laicos presenta menores competencias cognitivas que un solo juez letrado para reconocer una prueba pericial de mala calidad, que pueda estar amparada por el sesgo de la “cientificidad” o “mito de la infalibilidad”² y esconder bajo dicho paraguas su déficit epistémico. En efecto, Learned Hand, un jurista norteamericano de principio del último siglo ya expresaba:

But how can the jury judge between two statements each founded upon an experience confessedly foreign in kind to their own? It is just because they are incompetent for such a task that the expert is necessary at all (Hand, 1901: 54).

Por ello se haría necesario adoptar un cierto paternalismo epistémico para proteger al jurado de creencias equivocadas; de sus malas decisiones.

Esa es una de las ventajas que se le ha atribuido al fallo Daubert: transferir la problemática de la prueba científica desde la valoración que hace el jurado hacia la admisibilidad de la prueba (Dwyer, 2008: 2). Frente a lo anterior pueden surgir dos cuestionamientos válidos: la exclusión de peritos basada en su falta de fiabilidad ¿es una regla que se base en el ejercicio de un paternalismo epistémico? ¿Dicho fundamento epistémico puede justificar una regla de exclusión en un proceso penal de herencia románica continental como el chileno? A mi entender, ninguno de los dos cuestionamientos puede ser respondido claramente de forma afirmativa.

² Gascón (2013), p. 182. Para Dwyer (2008), p. 2, el incremento del uso de expertos en los procesos judiciales es una extensión del uso de expertos en la toma de decisiones políticas y administrativas y refleja el rol del experto en la sociedad en general. Además, dicho incremento es un síntoma de la importancia que se le ha otorgado a la especialización funcional en la sociedad actual.

Si se asumiera que un cierto paternalismo está a la base, por ejemplo, de la regla 702 FRE, este solo podría ser un paternalismo que presentara un carácter neutro. Un paternalismo valorativo que expresara un cierto peyorativismo no podría justificar válidamente la existencia de una regla de exclusión en un Estado de derecho como el nuestro. En un sentido neutro del término, el paternalismo epistémico presupone que el que detenta la posición preponderante presente las competencias cognitivas mínimas para imponer una decisión correcta. Esto, en el caso del establecimiento de la regla de exclusión como la que se comenta, supone conocer y determinar los criterios que confieren a una pericia el carácter de fiable. Ello, como se sabe, es igual o más complejo que la búsqueda de una solución al dilema de la demarcación. Y tanto así que, de igual forma, se ha abandonado este dilema como criterio original del fallo Daubert para afrontar la problemática. Solo ha quedado la fiabilidad como criterio general en la reforma de regla 702 FRE de 2011. Por otro lado, en principio, los criterios del fallo Daubert solo tenían aplicación para la prueba pericial científica, interpretación jurisprudencial que fue modificada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, que hizo aplicable dichos criterios a la prueba pericial técnica. Ello ha de ser confrontado con la asunción de ciertos autores acerca de que el modelo de prueba pericial que ha servido de base para el fallo Daubert —y para la enunciación de sus criterios— ha sido la prueba científica de ADN,³ haciendo muy compleja la aplicación de estos a la prueba pericial no científica o técnica. Como se ve, a mi entender, los presupuestos necesarios para que el comentado paternalismo tenga el carácter de epistémico pueden ser válidamente rebatidos porque trasladan la cuestión, desde la “cientificidad” hacia la “fiabilidad”, sin proporcionar elementos estables que sean válidos desde el punto de vista de la generación del conocimiento.

Otra vía es entender que dicho paternalismo epistémico tiene su fundamento en errores de valoración del jurado, fruto del mismo diseño adversarial de los procesos judiciales del sistema norteamericano. Esto se ha conocido como “sesgo adversarial” (Berstein, 2007: 103) en virtud del cual las partes remuneran y solicitan los peritajes a sus peritos y estos, a su vez, son verdaderos “pistoleros a sueldo” que favorecen a sus partes. Sin embargo,

3 “*Daubert and DNA match very well. Indeed, it has been suggested that the advent of DNA profiling may have paved the way for the Supreme Court’s opinion in Daubert*” (Berger, 2003: 129). En este sentido (Faigman, 2001: 111).

si bien los procesos penales continentales presentan una influencia anglosajona, siguen conservando elementos históricos que le confieren una cierta “oficialidad”, la que, de alguna forma, neutraliza los efectos negativos de una excesiva parcialidad en el procedimiento. En efecto, muchos órganos persecutores oficiales están vinculados por el principio de objetividad en virtud del cual deben investigar tanto los hechos que favorecen el éxito de la pretensión punitiva, como aquellos que sirven a la absolución del culpable. Todo lo anterior, a mi modo de ver, disminuye los efectos perjudiciales del sesgo adversarial y, por tanto, un posible fundamento del paternalismo epistémico en la exclusión probatoria.

La inestabilidad de los presupuestos del ejercicio de un paternalismo epistémico hace que el mismo, en la práctica, se halle bastante cercano al ejercicio de un paternalismo epistémico valorativo, que presente rasgos peyorativos en desmedro de las competencias cognitivas de los jurados.⁴ ¿Por qué, entre dos ciudadanos, se ha de optar por el letrado para otorgarle la facultad de excluir la prueba pericial no fiable en desmedro del no letrado? ¿Da, la formación jurídica, competencias epistémicas? Si hay inestabilidad en los criterios de fiabilidad, ¿cómo es posible proteger al jurado de sus malas decisiones si no se sabe con exactitud cuándo están erradas? En este sentido, Sanders cuestiona que las reglas de admisibilidad impuestas por los jueces sean la solución al problema que plantean los expertos y el jurado en el sistema norteamericano y, válidamente, también cuestiona que los jueces puedan estar a la “altura” de la función de guardián del conocimiento debido a la ausencia de evidencia que lo corrobore.⁵

Precisamente porque es muy difícil encontrar una justificación a esta diferenciación, aunque pudiera existir, es que, no solo es cuestionable, sino también difícil de ser extrapolada como fundamento para la aplicación de una regla de exclusión análoga en los procesos penales continentales (como el chileno) donde generalmente no hay jurado.⁶ Otorgar al juez de

4 La Real Academia Española define paternalismo como “tendencia a aplicar las formas de autoridad y protección propias del padre en la familia tradicional a relaciones sociales de otro tipo; políticas, laborales, etc.” También advierte que el concepto es usado en términos peyorativos.

5 “*But if jurors and experts are the problem, are admissibility rules imposed by judges the answer? If the judge is to act as a gatekeeper, what evidence do we have that he or she is up to the task?*” (Sanders, 2003: 937)

6 Según Fletcher y Sheppard, el jurado consiste en doce personas legas, no adiestradas en el derecho, que tienen el poder de deliberar sobre la base de la prueba y decidir la responsabilidad de las partes en juicio civil, o sobre la culpabilidad o inocencia en el juicio penal, en ambos casos, por el voto de la unanimidad de sus miembros o cerca de la misma. (2005: 245)

la fase intermedia la labor de “guardián del conocimiento”, asumiendo que exhibe una mejor posición epistémica que los jueces letrados del juicio oral, no puede ser válidamente justificado en nuestro Estado de derecho. Es decir, no habría razones suficientes para justificar que el juez de la fase intermedia en un proceso penal posee una mejor posición epistémica respecto del tribunal del juicio oral en lo penal, —que conoce del juicio oral, es colegiado y está compuesto por jueces letrados—, sin que ello signifique una asunción peyorativa que infrinja el estándar de la razonabilidad de la diferenciación entre ambos entes jurisdiccionales.

Por lo demás, siguiendo la lógica de “conocedores reales” (Vázquez, 2015: 147) sobre la que se basa el establecimiento de estas reglas de exclusión en el sistema norteamericano, la existencia de jueces letrados que conozcan del juicio oral, con carreras profesionales y experiencia en el juzgamiento, con práctica en la valoración y motivación de la prueba (a diferencia del jurado lego norteamericano) pone en duda la presencia, en Chile, de las condiciones que fundan la desconfianza hacia el jurado en los Estados Unidos. Aunque no indemne a los efectos de los sesgos de la prueba pericial, en el modelo chileno los jueces están mejor preparados para afrontar dicha dificultad, por lo que una regla de exclusión, entendida como ejercicio de un paternalismo epistémico, pierde fuerza y utilidad. Por lo demás, como bien reconoce la autora, en el sistema norteamericano los resultados acerca de la incapacidad cognitiva de los jurados para apreciar correctamente las pruebas periciales científicas son contradictorios (Vázquez, 2015: 147). Con ello se cierra el círculo: ni se sabe con exactitud si existe un déficit que justifica el ejercicio de un cierto paternalismo epistémico, ni tampoco —de existir— cómo contrarrestarlo adecuadamente a partir de una regla de exclusión.

II. CIENTIFICIDAD Y FIABILIDAD EN DAUBERT

Ahora, en el campo de aplicación de un paternalismo epistémico de carácter neutro, se discute que el fallo Daubert sea la concreción de lo que ha querido expresar: el establecimiento de criterios de fiabilidad de la prueba científica. La decisión Daubert equipara conocimiento científico (*scientific*

knowledge) con fiabilidad (*reliability*),⁷ sobre la base del seguimiento de una metodología que resguardaría una cierta seguridad de los resultados. Todo ello basado en algunos postulados de Popper y Hempel que, según Haack, son insuficientes para llevar a cabo la tarea (Haack, 2014a: 106). Popper conceptualiza su filosofía de la ciencia como “falsacionista”, para poner el énfasis en que el conocimiento científico nunca generará declaraciones conclusivas que mostrarían la verdad, aunque sí podría mostrar conclusivamente que algo es falso. Popper considera que el conocimiento científico y el conocimiento de sentido común o no científico son un continuo. Sin embargo, el falsacionismo es un criterio de demarcación muy importante como elemento de la filosofía de la ciencia. Ahora, paradójicamente, el propio Popper autoconceptualiza su criterio de demarcación como un acuerdo o convención, por lo que no habría algo que pudiera ser abordado desde su naturaleza como “ciencia”, sino solo algo sobre lo cual hay un acuerdo al respecto.⁸ Ello refuerza la idea de que, en realidad, la cuestión de la demarcación, además de tratarse de algo inútil en materia probatoria, pareciere más propia de una definición estipulativa, que el resultado de la articulación y contraposición de argumentos. Es decir, determinar cuándo algo es ciencia parece ser una cuestión esencialmente resolutive. Así, se podría válidamente cuestionar que la Corte Suprema de los Estados Unidos tenga la legitimidad epistémica necesaria para determinar adecuadamente los criterios de fiabilidad en relación con los alcances de las FRE.⁹

Siguiendo con la aplicación que hace el fallo Daubert de los postulados de Popper, la falsabilidad, como criterio de demarcación, es altamente complejo de ser aplicado, incluso para el mismo Popper. En un primer momento, el filósofo austriaco consideró la teoría de la evolución como no científica, por no ser posible su testeabilidad o refutabilidad. Sin embargo, años más tarde, reconoce que la teoría de la evolución es ciencia después de todo (Popper, 1977: 239-246).

7 Según Ndreu (2006:464), la decisión Daubert equipararía fiabilidad (*reliability*) con veracidad (*trustworthiness*).

8 “My criterion of demarcation will according have to be regarded as a proposal for an agreement or convention. As to suitability of any such convention opinions may differ; and a reasonable discussion of these question is only possible between parties having some purpose in common. The choice of that purpose must, of course, be ultimately a matter of decision, going beyond rational argument” (Popper, 2002: 15)

9 En el mismo sentido, véase (Haack, 2014 b:122 y ss).

Desde esta perspectiva, la exclusión probatoria de la prueba pericial basada en el criterio de la fiabilidad puesta en relación con la falsabilidad resulta altamente peligrosa por la complejidad y tecnicismo de sus elementos. A partir de ella, parece difícil generar expectativas normativas, con cierta estabilidad, que permitan una cierta previsibilidad del comportamiento, tanto de los ciudadanos como de los jueces.

Ahora, dejando de lado lo anterior, lo que resulta completamente paradójico es que las aplicaciones de los criterios de demarcación de Popper son útiles solo para el pasado, pero no sirven para realizar “proyecciones futuras”. Entre otras razones, por la falibilidad del conocimiento. En efecto, el sentido de una hipótesis es estar abierta a una refutación posible, es decir, a ser falseada (Giannini, 2005: 343). Como el mismo Popper afirma, el grado de corroboración de una teoría representa solo una evaluación sobre una cuestión del pasado (*past performance*) (Popper, 1972: 18). Así, el grado de corroboración no dice nada acerca de cuestiones futuras (*future performance*) o acerca de la fiabilidad de una teoría (*reliability of a theory*) (Popper, 1972: 18). La teoría falsacionista de Popper pone énfasis en la relación que exhibe una teoría con los argumentos negativos de la misma, con los contraejemplos y refutaciones, a diferencia del inductivismo prototípico que pone el énfasis en las “instancias positivas” de una teoría. El falsacionismo de Popper lleva ínsito la aplicación de la “asimetría entre verificabilidad y falsabilidad”, en virtud de la cual basta que un hecho haga falible “una ley”, —que se dé “p” y que no se dé “q”—, para derrumbar el edificio construido afanosamente por la inducción.¹⁰ El falsacionismo de Popper es altamente inconveniente para realizar un juicio con consecuencias futuras, como el que podría tener lugar cuando se adopta una decisión en una fase procesal anterior a la cual se proyectan sus efectos.¹¹ Ello, precisamente, porque su criterio de demarcación resulta exitoso —en el mejor de los casos— respecto del estado pasado de una determinada ciencia.

10 Según el mismo autor: “...que todos los hechos comprobados no bastan para consagrar una “ley” y que solo basta un hecho que desmienta la ley, para derrumbar todo lo construido” (Giannini, 2005: 343).

11 Si bien es difícil que el estado de una ciencia cambie en el tiempo que transcurre entre la dictación del auto de apertura del juicio oral y la celebración de este, no es difícil pensar hipótesis donde los efectos de la exclusión probatoria, de la que da cuenta el auto de apertura, se terminen utilizando mucho tiempo después en el juicio oral, como cuando se anula el juicio y tiene que volver a realizarse.

Haack llama la atención acerca de la impropiedad de la asimilación entre científicidad y fiabilidad. Sobre ello, señala que hay que tener cuidado con una cierta tautología que se puede dar respecto de una de las acepciones de “científico/a”. Si es usado en un sentido honorífico, ello puede ser igual a afirmar que algo, por su carácter científico, sea fiable, por lo que la fiabilidad no sería útil ni ayudaría al juez a discriminar entre “buena” o “mala ciencia”.¹² De otra parte, si es usado en su sentido descriptivo, se pueden producir problemas de *infra* o *sobreinclusividad*, porque físicos, químicos, biólogos y científicos médicos pueden ser incompetentes, confundidos, deshonestos o simplemente errados y, por el contrario, historiadores, detectives, investigadores, periodistas, literatos, juristas, plomeros, mecánicos, etc., pueden ser investigadores fiables. En definitiva, “... *not all, and not only, scientist are reliable inquirers; and not all, and not only, scientific evidence is reliable*” (Haack, 2014 a: 111).

A mi parecer, el fallo Daubert logra instalar la fiabilidad como criterio de valoración de la calidad epistémica de la pericia, pero deja un gran espacio de discusión abierto: qué debe entenderse por una pericia fiable y bajo qué criterios y cómo se proyectan estos en los diversos tipos de prueba pericial (científica y técnica). Los anteriores son aspectos tanto o más problemáticos que el entendimiento de la cuestión sobre la base del dilema de la demarcación. Sin embargo, como afirman algunos autores, la misma complejidad del concepto de fiabilidad puede ser fuente de problemas, así como la que permita a los jueces emitir juicios más sofisticados en el plano de la admisibilidad (Sanders, 2003: 938). No obstante, sigue siendo una cuestión abierta difícil de abordar. Quizá ello explica, como ponen de manifiesto algunos autores, que los jueces, luego del fallo Daubert, sean reacios a excluir el testimonio de expertos por falta de fiabilidad (Berger, 2003: 1140).

Según mi opinión, , y frente a todas las dudas, el concepto de fiabilidad, como baremo de la calidad de la pericia, podría tener cabida en sistemas del *civil law* como el nuestro, pero de forma excepcional y quizás solo aceptando que su fundamento debe encontrarse en cierta economía procesal y en la

12 “if “scientific” is used honorifically, it is tautology that genuinely scientific evidence is reliable; but trivial verbal truth is of no help to judge trying to screen proffered scientific testimony for reliability” (Haack, 2014 a: 111)

finalidad de la búsqueda de la verdad, que se ve perjudicada cuando se rinde, en juicio, una prueba pericial de baja calidad que entorpece la valoración conjunta de los medios de prueba. Pero solo de forma excepcional (ello se aviene mejor con el texto del Código Procesal Penal)¹³, por el derecho a la prueba que asiste a los intervinientes y porque la titularidad de la decisión sobre la *questio facti* corresponde en exclusiva a los jueces que conocen del juicio oral. Lo contrario implicaría alterar el modelo de facultades y de exigencias probatorias del proceso penal, como afirmaré.

III. AUMENTO DE LA DISTRIBUCIÓN DEL MARGEN DE ERROR

Los criterios Daubert presuponen que el juez está en una mejor posición epistémica para detectar la prueba científica de baja calidad. Y, en dicho contexto, tiene sentido que se atribuya una funcionalidad de *gatekeeper* respecto de la calidad epistémica de la prueba. Dejando al margen lo anterior, las reglas de admisión y/o exclusión probatoria no son reglas de valoración y tampoco pueden atribuir de *facto* dicha tarea a quien no corresponde. Es decir, por un lado, no pueden transformar la etapa de admisión en una etapa de valoración probatoria y, por otro, no pueden atribuir de *facto* la titularidad de la decisión sobre los hechos por medio de la valoración probatoria que en nuestro sistema corresponde al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal y en el sistema norteamericano al jurado. Y en esto confluyen tanto los sistemas de enjuiciamientos continentales, como anglosajones. Los primeros, sobre la base de la titularidad de la decisión jurisdiccional atribuida en exclusiva al juez y no al perito, los segundos, respecto de la prohibición a que el perito invada el dominio del jurado en relación con la determinación de los *facts* (Murphy, 2000: 326).

El proceso penal chileno contiene un complejo engranaje de normas probatorias cuyas condiciones de operatividad incluyen ser aplicadas en una u otra fase procesal. El estándar de la duda razonable solo tiene sentido de ser aplicada cuando ya ha existido la posibilidad de haber rendido toda la

13 El artículo 276, parte final del Código Procesal Penal, que regula las exclusiones probatorias señala: "Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral".

prueba. De otro lado, los estándares de prueba para decretar las medidas cautelares o para admitir una denuncia o querrela son menos exigentes (“*enjuiciamientos prima facie*”), porque aún no se ha desarrollado el juicio y el procedimiento se encuentra en sus etapas iniciales. Ello configura un complejo modelo de exigencias probatorias a lo largo de todo el proceso penal, con diferentes manifestaciones dependiendo de la fase procesal donde nos encontremos. La etapa de juicio oral es la fase de prueba por excelencia y, en dicho contexto, el mejor “lugar procesal” para valorar la prueba que ha sido rendida sobre la base de la contradicción y la oralidad. Así, solo tiene sentido la aplicación del estándar de la duda razonable, —atribuir consecuencias a su no satisfacción— cuando el sistema normativo de enjuiciamiento permita, potencialmente, contar con una etapa de prueba, donde sea posible la rendición, contradicción y discusión del valor probatorio de las mismas. De esta forma, se puede entender que tenga sentido el estándar de la duda razonable como forma de distribución del error de condenas equívocas. Al contrario, y por lo mismo, no tiene sentido que dicho estándar opere en una fase previa al juicio oral so riesgo de elevar en extremo la exigencia probatoria de la fase y tornando casi imposible la continuidad del juicio.

Este complejo de distribución de exigencias probatorias, a lo largo de todo el proceso penal, se puede alterar cuando hacemos más estricto o amplio el sentido interpretativo de una regla de exclusión de la prueba pericial sobre la base de la concurrencia de los criterios Daubert. Incluso si solo aplicamos el baremo de la fiabilidad. Pues bien, dicho complejo es delineado en exclusiva por el legislador y, en dicho sentido, no le corresponde, ni a los jueces ni al intérprete, alterar dicha distribución de cargas, más aún cuando no hay referencia expresa en el texto de la ley chilena.

La introducción vía interpretativa del criterio de la “fiabilidad” eleva el estándar de la admisión, alterando con ello el complejo de distribución de exigencias probatorias, generándose efectos indeseados. ¿Qué justificaría que solo la prueba pericial tenga un criterio de admisión tan exigente como la fiabilidad, a diferencia de los otros medios de prueba donde solo operaría la relevancia y la suficiencia? En efecto, la alteración de la distribución de las exigencias probatorias de la fase intermedia puede modificar la medida de distribución del error del estándar de prueba de la duda razonable,

precisamente, porque se han alterado las condiciones o presupuestos de aplicabilidad de este último. Si se quiere, indirectamente, se genera un desbalance de las exigencias probatorias del proceso, de diseño legislativo, pudiendo modificarse —*de facto*— las exigencias del estándar probatorio de la decisión final, ya sea porque se hace más difícil que una pericia llegue a juicio oral o porque se perjudica el aporte epistémico que una prueba pericial declarada inadmisibile pueda otorgar a la valoración conjunta de los medios de prueba.

Por el contrario, desde el punto de vista práctico, la declaración de admisibilidad de la prueba pericial, en aplicación de los criterios Daubert, puede generar un odioso “sesgo de validación de las conclusiones”, pues los jueces del juicio oral sabrían que si un perito depone en juicio es porque ya ha sido declarado como fiable en fase anterior.¹⁴ Los problemas de la existencia de “precedentes” en la admisión de prueba pericial ya han sido advertidos en el ámbito del *common law* y aplicables —*mutatis mutandi*— a nuestro sistema continental. Ello ha originado lo que los autores han denominado “coproducción” de la prueba científica, en virtud de la cual, a falta de una validación científica adecuada y de un sometimiento a comprobación, se pueden engendrar errores judiciales atribuibles a la prueba pericial superficialmente persuasiva, pero no fiable, que ha sido aceptada por otros tribunales (Roberts, 2013:60). Es decir, los efectos perjudiciales de las decisiones de admisión no solo se pueden proyectar en el propio procedimiento, sino también en otros.

El fallo Daubert presenta la utilidad de advertirnos acerca de los peligros de la sobrevaloración epistémica y semántica de la prueba pericial en los contextos judiciales.¹⁵ Sin embargo, la exclusión de la mala prueba científica, sobre la base del criterio de la fiabilidad, además de ser una cuestión muy compleja, deja muchas interrogantes abiertas que deben ser respondidas y discutidas, por los derechos de los intervinientes que están en juego, antes que dicho criterio sea aceptado de forma general. La fase

14 “When the evidence is admitted it is then labeled “reliable” because, according to Daubert, expert testimony must be reliable in order to be deemed admissible. That should not, however, mean that no further analysis of the evidence is required. Admissibility and sufficiency determinations rest on more than satisfaction of a reliability component; they require careful attention to what the evidence proves and how the trier of fact will use it” (Berger, 2003: 1140)

15 Para Chile, al respecto véase (Valenzuela, 2017: 101).

de juicio oral es donde propiamente se dan las condiciones para evaluar la fiabilidad de una pericia, pero ello no necesariamente excluye la posibilidad —de ser posible, muy excepcionalmente, por cierto— de evaluarla en fase de admisibilidad bajo un principio general de admisión probatoria. Para que ello suceda mucho se ha de debatir porque, aunque pueda haber buenas intenciones, no siempre las aportaciones del derecho probatorio anglosajón son enteramente extrapolables a nuestros sistemas románicos continentales, esto por las diferencias contextuales que se presentan entre ambas culturas jurídicas. Este comentario ha querido ser un pequeño aporte a la discusión sobre ello.

BIBLIOGRAFÍA

Berstein, David (2007). "Expert witnesses, adversarial bias, and the (partial) failure of the Daubert revolution". En *Iowa Law Review*, 93 (2) :102-137.

Berger, Margaret (2003). "Expert testimony in criminal proceedings: questions Daubert does not answer". En *Seton Hall Law Review*, 33 (4): 1125-1140.

Dwyer, Déirdre (2008). *The judicial assessment of expert evidence*. Cambridge:Cambridge University Press.

Faigman, David (2001). *The Tipping Point in the Law's Use of Science: The Epidemic of Scientific Sophistication That Began with DNA Profiling and Toxic Torts*, 67 *Brook. L. Rev.* 111.

Fletcher, George; Sheppard, Steve (2005). *American law in a global context*. Oxford: Oxford University Press.

Haack, Susan (2014a). "Trial and error: two confusions in Daubert". En Susan, Haack, *Evidence matters*. New York:Cambridge University Press.

——— (2014b). "Federal Philosophy of Science: A Deconstruction and a Reconstrucción". En Susan Haack, *Evidence matters*. New York: Cambridge University Press..

Hand, Learned. (1901). "Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony". En *Harvard Law Review*, 15:40–58.

Gascón, Marina (2013). "Prueba científica. Un mapa de retos". En Vázquez (ed.) *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid - Barcelona: Marcial Pons.

Giannini, Humberto (2005). *Breve historia de la filosofía*. Santiago: Catalonia.

Murphy, Peter (2000). *Murphy on evidence*. Seventh edition. London:Blackstone Press limited.

Ndreu, Dije (2006). "Keeping bad science out of the courtroom: why post-daubert courts are correct in excluding opinions based

on animal studies from birth defects cases”. En *Golden Gate University Law Review*, 36,3.

Popper, Karl (1972). “Conjetural knowledge”. En Karl Popper, *Objective Knowledge*. Oxford: Clarendon Press

———(1977) *Natural selection and its scientific status*; reprinted from sections 1 and 2 of a lecture of 1977 in: Miller D, ed. *A Pocket Popper*. London, UK.

——— (2002). *The Logic of Scientific Discovery*. London and New York: Routledge.

Roberts, Paul (2013). “¿Fue el bebé sacudido? Prueba, pericia y epistemología jurídica en el proceso penal inglés”. En Vázquez (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid – Barcelona: Marcial Pons.

Sanders, Joseph (2003). “The merits of the paternalistic justification for restriction on the admissibility of expert evidence”. En *Seton Hall Law Review*, 33 (4): 881-941.

Valenzuela, Jonatan (2017). “Los mitos de la prueba pericial en el proceso penal chileno”. En *El mismo, Hechos, penal y proceso*. Santiago: Rubicón.

Vazquez, Carmen (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid – Barcelona: Marcial Pons.

