

ANUARIO

Nº34 · 2018

A modo de colofón: De la ciencia a la teoría general de la prueba jurídica, pasando por la prueba pericial

Páginas 101-119

A MODO DE COLOFÓN: DE LA CIENCIA A LA TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JURÍDICA, PASANDO POR LA PRUEBA PERICIAL

Diego Dei Vecchi

Investigador Postdoctoral.
Universitat de Girona. Facultad de Derecho. Girona, España.
diego.deivecchi@udg.edu

RESUMEN

El presente texto funge de epílogo frente a la fecunda discusión que tuvo lugar en Valdivia en el año 2017 en torno a *De la prueba científica a la prueba pericial*, de Carmen Vázquez. El autor intenta resaltar la importancia que algunos estudios acerca de medios de prueba en particular, el que fue objeto de discusión en *Escritores abogan por sus libros* entre ellos, poseen la teoría general de la prueba jurídica.

PALABRAS CLAVE

prueba – pericial – relevancia
– teoría general de la prueba

A KIND OF COLOPHON: FROM SCIENCE TO GENERAL THEORY OF LEGAL PROOF THROUGH EXPERT TESTIMONY

ABSTRACT

The article constitutes a kind of epilogue to the discussion taken place in Valdivia in 2017 around the book of Carmen Vázquez: *De la prueba científica a la prueba pericial*. The author tries to enlighten the importance some studies regarding particular kinds of evidence, the one discussed in *Escritores abogan por sus libros* between them, have for illuminating aspects of the general theory of legal proof.

KEYWORDS

proof – expert testimony
– relevance – general
theory of legal proof

Hace ya algunas décadas, corrigiendo una omisión que no estuvo lejos de volverse crónica, el estudio del razonamiento probatorio en el ámbito jurídico comenzó a ser tomado en serio. El libro de Carmen Vázquez (Vázquez, 2015)¹ sometido a escrutinio en el marco de *Escritores abogan por sus libros*, como señala Daniela Accatino en su contribución, es un claro exponente de la línea de pensamiento que más en serio se ha tomado ese estudio: la llamada concepción racionalista de la prueba.

En los últimos años han aparecido innumerables trabajos que se inscriben en esta tradición, la mayor parte de ellos preocupados por cuestiones de carácter general. *De la prueba científica a la prueba pericial*, en cambio, es un trabajo que —tomando prestada la terminología usual del derecho penal sustantivo— podría considerarse como propio de la *parte especial* de los asuntos probatorios. Se trata, en efecto, de un esfuerzo por aprovechar al máximo las enseñanzas de la epistemología, de la filosofía de la ciencia y de los estudios generales sobre la prueba jurídica para analizar cuestiones propias y específicas de un medio probatorio en particular como es la prueba pericial.

Lo que en este breve espacio me gustaría resaltar es cómo estudios *de parte especial* como el que nos ocupa pueden, también, dejar enseñanzas o sugerencias de alcance general, lo que mostraría una retroalimentación entre los estudios generales sobre el razonamiento probatorio y aquellos dedicados a medios probatorios específicos. En este caso, creo que muchos de los problemas abordados en el libro impulsan a sugerir conexiones decisivas entre algunos conceptos generales en apariencia independientes. Estoy aludiendo a los conceptos de “relevancia”, “fiabilidad” y “valor” de la prueba. Estos conceptos juegan un rol crucial, aunque no solo, especialmente en dos momentos de la actividad probatoria, a saber: el de la admisión *del medio de prueba* y el de la valoración *de los elementos de prueba*. Los conceptos de relevancia, fiabilidad y valor, así como su incidencia en los dos momentos aludidos de la actividad probatoria, adoptan una peculiar fisionomía en lo que a la prueba pericial respecta. La obra comentada trasluce esa peculiaridad, aunque quizás sin hacer explícitas todas sus consecuencias, lo cual ha generado varias de las inquietudes explicitadas,

1 En adelante citaré este trabajo indicando tan solo los números de página entre paréntesis.

sobre todo, en los trabajos de Correa y Vera. Creo que analizar en profundidad esas consecuencias, mirando hacia la prueba pericial, podría permitirnos derivar algunas consideraciones que exceden al ámbito específico de ese medio probatorio.

Para intentar explicitar parte de esas consideraciones, me centraré en algunas cuestiones que Vázquez plantea en el § 5 del capítulo 2 del libro, luego de un análisis de la jurisprudencia norteamericana en materia de admisión de las pruebas periciales. Ese análisis se centra especialmente en el conjunto de sentencias hoy conocido como *trilogía Daubert*.² El núcleo del problema reside en la oportunidad o no de fijar filtros de admisibilidad de la prueba pericial atendiendo a su *calidad* antes de los momentos procesales en que la prueba ha de producirse o practicarse y, luego, ser valorada. El inconveniente está en que fijar esos filtros supondría adelantar, de algún modo, la valoración de la prueba, confiriendo esa facultad a un órgano judicial muchas veces distinto de aquel que ha de decidir las cuestiones de hecho. En un ordenamiento como el de los Estados Unidos de América, en el cual se pone el foco de atención en ese capítulo, la fijación de filtros de admisibilidad conlleva investir al juez letrado como *gatekeeper* en materia de prueba, confiriéndole al menos parte de las facultades valorativas respecto de la prueba que, de otro modo, corresponderían al jurado como *trier of facts*. En este punto, puede decirse que la cuestión no es mucho menos problemática en los ordenamientos procesales continentales, al menos en muchos de ellos, acaso en la mayoría. Aun cuando quien ha de decidir sobre los hechos de fondo sea el tribunal de juicio (que puede ser letrado —ya colegiado, ya unipersonal—, o incluso un jurado popular puro o escabinado), suele establecerse un momento procesal previo destinado al ofrecimiento de prueba por las partes y otro destinado a deliberar y decidir sobre la admisión (o no) de esa prueba por parte del mismo órgano jurisdiccional o bien por uno diverso.³ En ocasiones los códigos regulan incluso una “etapa intermedia” en el proceso penal —que se inserta entre la investigación y el juicio— destinada, entre otras cosas, al ofrecimiento de prueba por las partes y al análisis de la admisibilidad de esa prueba por un juez de

2 El cuadro lo componen tres fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América: *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993), *Joiner v. General Electric Company, et. al.* (1997) y *Kumho Tire Company LTD et. al. v Carmichael* (1999).

3 Véanse, por ejemplo, arts. 190 inc. 1, 190 bis y 495 Codice di Procedura Penale (Italia), 656-659 Ley de Enjuiciamiento Criminal (España), 355 y 356 Código Procesal Penal de la Nación (Argentina),

control o de garantías, normalmente distinto de quien habrá de resolver luego de llevado a cabo el juicio.⁴ Los criterios para admitir o rechazar prueba son, sin dudas, muy heterogéneos. Por lo general están entre esos criterios los de *legalidad y utilidad*, pero no siempre es claro que quien ha de decidir sobre la admisibilidad tenga la facultad o el deber de contemplar la *calidad* de las pruebas ofrecidas. Esto puede, sin embargo, omitirse a efectos de esta discusión. Alcanza aquí con señalar que la pertenencia de un ordenamiento procesal penal a la tradición románica o a la de *common law* no implica, en este punto, una diferencia determinante. Por lo demás, no es este el espacio adecuado para reconstruir la progresión detrás de la *trilogía Daubert*, de modo que permítaseme sintetizar la evolución de esa secuencia jurisprudencial respecto del criterio de admisibilidad de la prueba pericial —secuencia que puede conocerse en detalle en el libro comentado— por medio de un eslogan: *de la científicidad a la fiabilidad*.⁵

Dicho esto, en lo que sigue me centraré en intentar profundizar sobre algunos puntos que, como decía, creo pueden aportar algún rendimiento más general al trabajo aquí discutido, uno que trasciende a lo específico de la prueba pericial. Como adelanté, esos puntos conciernen al lazo entre los conceptos de relevancia, fiabilidad y valor de la prueba, así como a su incidencia en los dos momentos aludidos de la actividad probatoria: el relativo a la admisibilidad y el relativo a la valoración. Abordaré estos problemas a partir de una serie de preguntas que Vázquez formula en su libro.

I.

La primera cuestión planteada que me interesa abordar es la siguiente: ¿son aplicables los criterios de admisibilidad exigidos por los fallos mencionados únicamente en la etapa procesal de admisión de pruebas o también en la etapa de valoración? (p. 137). Hasta donde llego a ver, todos los elementos para responder a esta pregunta están en la obra comentada. Sin embargo, aparecen difuminados refiriendo en ocasiones a cuestiones distintas, lo

4 Véanse los arts. 259 f, 272, 276 y 277 Código Procesal Penal (Chile) y 334-347 Código Nacional de Procedimientos Penales (México).

5 Véase también Haack (2014).

cual, a mi modo de ver, no proporciona una respuesta directa y cristalina. Muchas de las consideraciones de Vera, sobre todo su preocupación ante la posibilidad de que la fiabilidad funcione como un filtro de admisibilidad, creo, se deben a que no se han conectado todos estos elementos.

En este sentido, inmediatamente después de formulado el cuestionamiento (en el § 5.1 del capítulo 2 del libro de Vázquez) se aborda el punto de un modo que podría resultar un tanto desconcertante. De la cuestión de la admisibilidad se pasa, sin más, al problema de los estándares de prueba, pero abordándolo de un modo que impide vislumbrar cuál es la respuesta a la pregunta inicial. Se afirma que el objetivo de establecer criterios de admisibilidad de pruebas periciales relativos a la fiabilidad de las pericias apunta a “asegurar que al proceso judicial [entren] solo pruebas periciales de cierta calidad” e inmediatamente después se dice que, dado que la calidad de las pruebas es una cuestión gradual, es necesario contar con algún umbral de suficiencia de calidad a efectos de resolver la admisión de la pericia ofrecida. Hasta aquí todo parece ir bien direccionado. Sin embargo, lo que sigue a esta afirmación, a mi entender, se desvía del punto central. Se dice:

Para responder a ello habría que relacionarlo [el grado de calidad *suficiente*] con el grado de suficiencia exigido para tener por probada una hipótesis, es decir, con el estándar de prueba. No tendría ningún sentido implementar en la admisión de *un* tipo de exigencias igual de altas que aquéllas establecidas para dar por probados los hechos a partir del *conjunto* de pruebas. Ello podría implicar pedirle a las partes que prueben dos veces su caso o que anticipen al momento de la admisión el nivel de prueba que se requiere para ganar el caso (p. 138).

Aun cuando esta afirmación pudiera ser atinada, la pregunta era si los criterios de admisibilidad han de aplicarse tanto en el momento de la admisión como en el de la valoración de la prueba. El criterio paradigmático en consideración es el de fiabilidad de la prueba. La respuesta se desvía del punto central porque se limita a decir que (a) al ser la fiabilidad una propiedad gradual, es necesario un estándar de suficiencia y que, (b) el

estándar de suficiencia de fiabilidad no podría ser el mismo que aquel aplicable al momento de decidir porque ello implicaría exigir dos veces la prueba de la misma cosa. En suma, la respuesta parece presuponer una respuesta positiva a la pregunta inicial, pero requiriendo distintos estándares de fiabilidad para cada momento procesal.

Si uno se limitase a estas afirmaciones —(a) y (b)—, podría pensar que la pregunta de partida no se ha respondido (al menos no de modo fundamentado) y, sobre todo, que hay algunas distinciones relevantes pasadas por alto. Ante todo, para enfrentar esa pregunta —podría alegar ese lector hipotético— hubiera sido conveniente partir de la distinción entre una pericia *type*, un mecanismo pericial (si así puede llamárselo), y una instancia, un *token*, del tipo de pericia de la que se trate. La preocupación de Vera, su reticencia a apelar a la fiabilidad como criterio de admisibilidad o de limitarla a lo excepcional, se debe posiblemente a que él asume que esta distinción no está trazada en la obra de Vázquez pasándola él mismo por alto. En contraste, creo que la distinción sí está presente en el libro, aunque emerge en un sitio que no facilita la conexión de esa distinción con la pregunta para cuya respuesta es útil, i.e. si los criterios de admisibilidad han de ser aplicados también en el momento de la valoración. En efecto, mucho después, en el § 4.1 del capítulo 3, tratando de “la valoración de la prueba pericial de parte y la justificación testimonial”, se aborda el problema de la fiabilidad, pero ahora directamente respecto de *la valoración* de la prueba pericial. Aquí, dado que se está hablando de una pericia *ya practicada* el problema se aborda en términos de cuán atendibles son los dichos del perito, i.e. del testigo experto, respecto del enunciado fáctico de fondo. Es decir, el foco de atención se pone en la pericia *token*, la ya llevada a cabo. Ahora bien, dentro de los criterios para tener en cuenta a efectos de esa valoración, se dice, habrán de contarse aquellos que refieren a *la técnica* por él empleada en el marco de la disciplina respecto de la cual el perito es un experto. Sobre esto Vázquez dice:

...una delimitación teórica o algún tipo de explicación del método [por parte del experto que llevó a cabo la pericia *token*] no es condición necesaria ni suficiente [...)]. Obsérvese aquí un cambio sutil pero muy importante de la fiabilidad de agentes a la fiabilidad de mecanismos

no-agenciales. Es decir, hemos pasado de hablar de la fiabilidad testimonial a la fiabilidad de métodos, instrumentos, aparatos, etcétera (p. 200).

Esta distinción se relaciona con la que dentro de la dogmática procesal ha sido usual trazar entre *medio* de prueba y *elemento* de prueba, aunque no puede identificarse con ella. La distinción tiene relevancia epistemológica porque permite ver la diferencia entre ciertos procedimientos o mecanismos, por una parte, y ciertos contenidos proposicionales que es posible obtener a partir de ellos, por la otra. Así, un medio de prueba consiste en una determinada técnica independiente del agente que lo ejecuta y que interpreta sus resultados. Los elementos de prueba, en cambio, consisten en el contenido proposicional, la información que un determinado mecanismo eventualmente proporciona en favor de la proposición a probar. Estas distinciones poseen gran importancia, pues la justificación epistémica opera pura y exclusivamente entre contenidos proposicionales, (Davidson, 2001 [1983]) aun cuando se reconozca que algunos de esos contenidos requieren de un anclaje en la experiencia sensorial (Haack, 2009). En este punto, lo decisivo es la conversión de la experiencia sensorial en contenido proposicional, por ejemplo: el paso de la experiencia visual de un gato sobre la alfombra al enunciado según el cual “veo un gato sobre la alfombra”. Lo que *justifica* la creencia en que “hay un gato sobre la alfombra” no es la *experiencia visual* sino el contenido proposicional generado a partir de ella. Ahora bien, ¿por qué la experiencia visual conduce a contenidos proposicionales relevantes en términos de justificación epistémica? La respuesta es: porque tenemos buenas razones, en nuestra red adicional de creencias, en favor de que la experiencia visual nos da acceso —bajo ciertas condiciones “normales”— a cómo el mundo efectivamente es. En otras palabras, tenemos buenas razones para considerar a nuestra experiencia visual *un mecanismo suficientemente fiable* (Haack, 2009).⁶

Así las cosas, puede decirse que la obra contempla la distinción entre fiabilidad del medio de prueba pericial (i.e. un caso específico de testimonial), fiabilidad del mecanismo al que concierne la experticia del testigo/perito, fiabilidad de la implementación del mecanismo y fiabilidad del agente. Esta

6 Véase capítulos I y IV.

distinción, creo, es sumamente importante, y quizás hubiera sido de gran ayuda explicitarla al momento de abordar la cuestión de la admisibilidad de la prueba pericial, mucho antes de abocarse al análisis de la valoración de la pericia ya practicada. La importancia de la distinción, a mi modo de ver, radica en lo siguiente.

En primer lugar, distinguir estas categorías permite, si no eliminar por completo, al menos reducir en gran medida el carácter aparentemente problemático “que conllevan las exigencias en la etapa de admisión” (p. 102). Al respecto, afirma Vázquez:

El problema fundamental de esta estrategia es que podría conllevar un adelanto de la valoración de la prueba e incluso de la propia resolución del caso al menos en aquellas circunstancias en que la prueba respectiva sea determinante. Aunado a esto, considerando que la prueba pericial de parte muchas veces es presentada con la demanda correspondiente, hay que recordar que la decisión sobre la admisión o exclusión de la prueba se toma con muy poca información (p. 206).

En este orden de ideas, la distinción aludida permite decir que las exigencias de calidad para la admisión se limitan a un control de fiabilidad de la pericia *type*, del *mecanismo no-agencial*. Así entendidas esas exigencias, no solo no parece haber inconveniente, sino que uno tendería a decir que se trata de un análisis de admisibilidad sumamente sensato. Seguramente habrá casos dudosos, pero si una demanda solicitase una pericia (*type*) consistente en convocar a un arúspice a efectos de que sacrifique un animal y lea en sus entrañas si la persona imputada ha cometido el delito, todo indica que la decisión de no admisión podría justificarse sin mayor esfuerzo y sin sumergirse gravemente en cuestiones de *valoración*. Creo que, en este aspecto, Vázquez aclara notablemente el punto en sus respuestas a los objetores.

Por lo demás, hay una cuestión crucial que la obra de Vázquez aborda en profundidad pero que, dado que parece estar lejos de alcanzar soluciones satisfactorias en la literatura, queda abierta. En este sentido,

tengo la sensación de que la pregunta esencial en la búsqueda de cuya respuesta “estamos titubeando desde hace más de un siglo” no es tanto la relativa a “cómo puede el sistema jurídico aprovechar de mejor modo el testimonio experto”, tal como señala Haack (2014: 121). Más bien, creo que tan importante como responder a esa pregunta, o incluso prioritario, es responder a aquella vinculada a cuáles son los criterios para decidir si ciertos pretensos campos de conocimiento han de ser tomados en consideración por el sistema jurídico como campos de conocimiento suficientemente *fiabiles* a efectos de extraer de ellos información atendible. Se trata de otra de las cuestiones sobre la que Vera manifiesta preocupaciones. No me atrevería a sugerir ni mínimamente una solución ante semejante problema, pero mi intuición es que esos criterios, más que en la jurisprudencia y en la legislación, han de buscarse en la epistemología para ser llevados luego a las decisiones judiciales.

En segundo lugar, creo que la distinción entre fiabilidad del mecanismo y fiabilidad de su ejecución permite ver una conexión decisiva entre las nociones de “relevancia” y “fiabilidad” del medio de prueba. La relevancia (o pertinencia) de un medio de prueba —criterio central para decidir si admitirlo o no— consiste en la idoneidad potencial del medio para proporcionar información que cambie (mejorando o empeorando) el estatus de justificación epistémica de una cierta proposición, i.e. información, a su vez, relevante. Pues bien, la ausencia *completa* de fiabilidad de un mecanismo que será eventualmente introducido al proceso por el medio de prueba pericial (como podría ser el sacrificio de un animal para lectura de sus entrañas), al parecer, conlleva su irrelevancia: si un cierto mecanismo carece de toda fiabilidad, no podría generar ningún en el estatus de justificación epistémica de una proposición (ni a favor, ni en contra). Y siendo la relevancia la capacidad de generar un cambio tal, entonces el medio ofrecido se tornaría, sin más, irrelevante. En este punto, los criterios de falta de fiabilidad, inutilidad e irrelevancia, a efectos de justificar la no admisión de un cierto medio de prueba, colapsan.

En tercer lugar, trazar la distinción *ab initio* hubiera permitido acaso vislumbrar y esclarecer más problemas de cuantos pueden verse en la obra. Una cuestión que —si entiendo bien— resulta problemática, es la de tratar la cuestión de la admisibilidad de la prueba pericial de parte como

“admisibilidad *de las afirmaciones* periciales” (§ 2 del capítulo 3). Tengo la sensación de que en ese apartado hay una vacilación respecto de qué es aquello sobre cuya admisibilidad se está discutiendo. El título sugiere que la reflexión versará sobre la admisibilidad del contenido proposicional que el agente especialista (haya o no llevado a cabo la operación en que la pericia consiste) ingrese al proceso por medio de su testimonio. Refuerzan esta sugerencia la alusión, en la página 158, a las “afirmaciones periciales”, a que aquello sobre lo que tratará el acápite es sobre “lo dicho por el perito” (y no sobre él), sobre “la información que las partes ponen a disposición del juez”. En la misma orientación, el § 2.1 que viene a continuación, titulado “La información experta”, y muchas alusiones en su interior a la “calidad de la información experta”. En contraste, son numerosas las referencias, ya no al contenido proposicional, sino al mecanismo en virtud del cual ellas podrían eventualmente obtenerse: “información sobre la técnica o el método en cuestión”, “calidad de la astrología o la lectura de los posos de café”. La cuestión me parece importante porque “calidad de la prueba pericial” y “admisibilidad de la prueba pericial” pueden referir a cosas bien distintas. A efectos de decidir la admisión en cada uno de los dos sentidos de admisión de prueba pericial, entran en juego los dos distintos sentidos de calidad de la prueba pericial. Una cosa es la calidad del mecanismo en que la pericia (*type*) consiste (e.g. análisis de ADN, pericia caligráfica, pericia psiquiátrica consistente en tal o cual procedimiento, lectura de la borra de café o de las entrañas de tal o cual animal), y otra muy distinta es la calidad de la información obtenida luego de llevadas a cabo las operaciones periciales. Ciertamente, la posibilidad de evaluar la calidad de la prueba pericial en uno u otro sentido, así como en qué momento hacerlo, dependerán del diseño del proceso del cual se trate, pero es indispensable tener presente la distinción pues evaluar la fiabilidad de un cierto mecanismo ofrecido como un medio probatorio (i.e. una *operación pericial*) a llevar a cabo, es algo radicalmente distinto a evaluar la fiabilidad de cierta información obtenida a partir de esas operaciones periciales. Mientras que la calidad del mecanismo puede ser evaluada antes y al margen de su ejecución en el caso concreto, e independientemente de quién pueda llegar a ser el perito, la calidad de la ejecución del mecanismo solo podría ser evaluada

luego de las operaciones periciales.⁷ La calidad de la información producto de esas operaciones, por su parte, solo podrán ser evaluadas luego de la ejecución de las operaciones periciales y de la *admisión* y práctica del testimonio experto.⁸ Lo primero concierne al carácter fiable de un campo de conocimiento abstractamente considerado. Lo segundo concierne no solo al carácter fiable de ese campo de conocimiento, sino, especialmente, a que las operaciones correspondientes se hayan llevado a cabo correctamente. La calidad de la información depende no solo de esos dos factores más generales, sino también de la idoneidad, imparcialidad, etc., del perito que ingresa la información al proceso. Se trata de problemas distintos que podrían llegar a ameritar un tratamiento independiente. En la página 102 Vázquez dice expresamente que “es posible diferenciar entre el grado de fiabilidad necesario *para* que una prueba sea admitida y el grado de fiabilidad necesario *para* que esta avale una hipótesis (a efectos de tener por probado que P)”. Sin embargo, creo que lo central aquí no es que se trata de distintos *grados* dentro de una *misma escala*, sino que se trata de grados de fiabilidad relativos a *cosas distintas*. Una cosa es la fiabilidad del mecanismo abstractamente considerado, otra es la fiabilidad de un caso concreto en que ese mecanismo es practicado. Esto nos lleva al último problema.

Tal como se insiste en diversas ocasiones en el trabajo objeto de esta discusión, la fiabilidad es una cuestión gradual. De modo que, para decidir la admisibilidad de una prueba pericial, en virtud de su fiabilidad, hay que contar con un estándar de suficiencia. Vázquez afirma que no tendría ningún sentido implementar exigencias igual de altas que las relativas a dar por probados los enunciados fácticos sobre cuya base se aplicarían las normas jurídicas:⁹ “ello podría implicar pedirle a las partes que prueben dos veces su caso o que anticipen al momento de la admisión el nivel de prueba que se requiere para ganar el caso” (p. 138). Vera sostiene también que el estándar de *más allá de toda duda razonable* “solo tiene sentido de ser aplicado cuando ya ha existido la posibilidad de haber rendido toda la prueba”. Pues

7 Es importante tener presente que, en la medida en que la prueba pericial es entendida como un tipo de testimonio, la producción o práctica consiste en la deposición del perito en juicio (p. 173 ss.) y no en la realización de las “operaciones periciales”, i.e. el procedimiento o experimento correspondiente (esto, para Vázquez, es una actividad extraprocesal).

8 La vacilación entre una y otra cosa puede verse en página 107, especialmente en la nota 67.

9 Quizás esto podría de por sí ser una respuesta a Vera Sánchez ante su preocupación por el desequilibrio del estándar de duda razonable.

bien, creo que estas asunciones son producto de no tener suficientemente presente la distinción aludida en el párrafo precedente, mezclándose tres distintas cuestiones: (a) la prueba a la luz del estándar E_1 del enunciado que constituye el “objeto del proceso” según el cual, por ejemplo, “A mató a B”; la prueba a la luz del estándar E_2 del enunciado según el cual “la lectura de la borra del café que ha bebido una persona por parte de especialistas con x características, en circunstancias k y ejecutando el procedimiento y , es un *mecanismo* fiable para determinar si esa persona miente o no miente”; (c) la prueba a la luz del estándar E_3 del enunciado según el cual “la lectura de la borra del café que bebió A fue llevada a cabo por C, quien posee las características x propias del especialista, en circunstancias k y ejecutando el procedimiento y , de modo que se trata de una pericia fiable”.¹⁰ Al tratarse de enunciados completamente distintos, referentes a hechos diferentes, ningún sinsentido hay en imaginar que E_1 , E_2 y E_3 fueren el mismo estándar (asumiendo y no concediendo que sea posible fijar estándares idóneos para esa tarea). Pues ni se estaría exigiendo probar dos veces la misma cosa ni se estarían alterando las exigencias probatorias relativas a la premisa fáctica de la sentencia final. Exigir que cualquiera de esos distintos enunciados sea probado *más allá de toda duda razonable* a efectos de decidir ora si condenar, ora si admitir el medio de prueba, ora si emplear la información obtenida de ese medio, *podría* tener perfecto sentido.¹¹

II.

La segunda cuestión que me interesa abordar es la relativa al “paternalismo epistémico”. En este sentido, se pregunta Vázquez (p. 137): “¿son [los criterios de admisibilidad de la trilogía *Daubert*] dependientes o influidos por las dudas sobre la competencia epistémica del juzgador de los hechos, sobre todo cuando este es un jurado, o serían de utilidad también para los jueces profesionales?”.

¹⁰ Creo que incluso podrían agregarse algunas cuestiones adicionales relativas al testimonio acerca de esas operaciones. Pero el punto, espero, queda lo suficientemente claro con esta tripartición.

¹¹ Véase al respecto la tesis de Ferrua (2007: 344)

La idea de paternalismo epistémico, respecto de la prueba pericial, aparece del siguiente modo:

La desconfianza en las facultades cognitivas del juzgador de los hechos (como categoría, no en individuos concretos) podría resultar en al menos dos tipos de decisiones: cambiar a los sujetos que deciden intentando tener sujetos más capacitados para realizar tal tarea o adoptar decisiones paternalistas sobre las decisiones del sujeto que realiza dicha tarea... La segunda estrategia es identificable bajo el rótulo de paternalismo epistémico y pretende proteger al decisor de sus malas decisiones guiando de alguna manera la propia toma de decisión (p. 141)

La idea proviene explícitamente de Goldman (1991) quien, por su parte, parangona su entendimiento del *paternalismo* con el de Hart (1963) y con el de Feinberg (1986). Vázquez agrega la definición de paternalismo que ofrece Alemany (2005), según la cual A ejerce paternalismo sobre B si A ejerce poder sobre B con la finalidad de evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo o le suponen un incremento de riesgo de daño. Correa y Vera parecen aceptar sin más que al menos algunos casos de no admisión de prueba pericial son instanciaciones de medias paternalistas.

No obstante, he de decir que tratar los casos bajo consideración (i.e. las decisiones de ciertos jueces letrados, o incluso de los legisladores, de no admitir o excluir ciertas pruebas —en este caso *periciales*— para evitar que ellas sean valoradas por quienes han de juzgar sobre los hechos del caso dada su presunta incapacidad para hacerlo bien) como casos de paternalismo *en ese sentido estricto* me parece, como mínimo, engañoso.

Decir que la no admisibilidad o exclusión de ciertas pruebas, sobre la base de una asunción de incapacidad para valorarlas en su justa medida de quienes han de juzgar los hechos, responde a la necesidad de *proteger a esas personas* de su propia *folly* (como dice Goldman [1991: 118]) me parece excesivamente forzado: ¿cuál sería el mal para un jurado desproporcionadamente persuadido por una pericia pseudocientífica? Goldman es consciente de esta estridencia y sostiene que podría parecer

extraño emplear el término paternalismo toda vez que en el contexto judicial los principales protegidos son las partes o quizás incluso la sociedad en su conjunto; sin embargo, completa esta observación diciendo: “The indicated parties are protected, however, by getting jurors to make accurate judgments. Protection of the *jurors’* epistemic ends therefore assumes derivative importance” (Goldman, 1991:119).. Esta aclaración, creo, no logra disolver la estridencia. Todo lo contrario, deja en claro que lo que se protege con las medidas bajo consideración son los *finés epistémicos* de “los jurados” y no a “los jurados” en sí mismos. Aquí caben dos precisiones. Los jurados, en la primera aparición, parece referir a la *institución* del jurado, cuya finalidad epistémica supondría no ser más que un derivado de la finalidad epistémica del proceso penal. En la segunda aparición, los jurados son las personas que componen en cada caso el órgano decisorio. Habría *paternalismo* —al menos en el sentido estricto de la concepción de quienes se toman como referentes— tan solo si la restricción a la libertad de esas personas se justificase en la protección de su *propio bienestar*, de sus propios intereses. Si la decisión de un jurado o juez acerca de los hechos del caso se dirigiese a la adopción u omisión de un curso de acción, del cual el propio jurado, personalmente considerado, podría salir dañado, entonces hablar de paternalismo tendría sentido, pero este no parece ser en absoluto el caso en los ejemplos de los que nos ocupamos. De modo que todo indica que no estamos tratando instancias de auténtico paternalismo, al menos no de paternalismo *puro*.

¿Se trata entonces de ejemplos de paternalismo *impuro*? Esta variante de paternalismo refiere a aquellos casos donde, para proteger el bienestar de una cierta clase de personas, se cuenta solamente con el medio de restringir la libertad de otras personas *junto con* la de quienes se benefician de la medida (Dworkin, 1983 en Alemany, 2005: 95) El ejemplo más usado es el de la prohibición de vender cigarrillos impuesta a ciertas personas A en tutela de los potenciales consumidores B. Uno podría pensar que las decisiones que privan a quienes han de juzgar sobre las cuestiones de hecho (clase de personas A) de ciertas pruebas dado el incremento de error que esas pruebas entrañan (errores que perjudicarían a la clase de personas B) son paternalistas en sentido impuro: restringen la libertad de los juzgadores A en beneficio de otras personas (B: las partes o la sociedad en general). Pero ¿tiene esto realmente sentido? Hay dos factores que

requieren mayor profundización. En primer lugar, cabe preguntarse cuál es la *libertad* de los juzgadores que se estaría coartando. La restricción recae sobre lo que Goldman llama *requirement of total evidence* (RTE) en su versión más fuerte. Este requerimiento consiste en lo siguiente: “un agente cognitivo *X* debe recabar y emplear toda la evidencia disponible que pueda ser recabada y usada (con un costo insignificante)” (Goldman, 1991: 113). La idea es que, si un individuo *Y* posee capacidad de control sobre la evidencia con que contará *X*, llegada la ocasión en que *X* ha de adoptar una decisión doxástica, desde un punto de vista puramente epistémico, *Y* debería poner a disposición de *X* toda la evidencia relevante (Goldman, 1991: 114). El paternalismo residiría en el ejercicio de poder por parte de *Y* para retacear parte de esa evidencia *a efectos de evitar errores epistémicos por la probable torpeza de X para valorarla*. Pues bien, entender que el requerimiento de totalidad de evidencia es una *libertad* o una especie de *derecho* de quien ha de juzgar un caso *judicial*, semejante a la de quien quiere vender cierto producto, me parece también sumamente forzado. En segundo lugar, lo que hace que la medida restrictiva de la venta de cigarrillos sea *paternalista*, en el clásico ejemplo, es que el potencial consumidor “consents (assuming the relevant information is available to him) to the harm” (Dworkin, 2019)¹². En este aspecto, la no admisión o exclusión de prueba para evitar errores epistémicos de los juzgadores también parece ser diferente: pues ni las partes ni la sociedad consentirían tomar la decisión errónea, no lo harían voluntariamente como quien va a comprar cigarrillos y los fuma teniendo a disposición toda la información relevante. En apariencia tampoco se coarta la libertad de esa gente, como sucede en el caso de la prohibición de venta de cigarrillos, donde la prohibición al vendedor resulta en una restricción para potenciales compradores; aunque quizás aquí cabría alguna reflexión adicional vinculada con el “derecho a la prueba”. En suma, creo que la cuestión del paternalismo epistémico en este ámbito requiere, como mínimo, de más reflexión y de una argumentación mucho más elaborada.

Para cerrar, creo de la combinación de lo dicho en el punto I con los comentarios precedentes acerca del paternalismo epistémico podría surgir una arista digna de ser explorada en el futuro. Antes se dijo que es

12 Él continúa: “It is not like the case where we prevent manufacturers from polluting the air. In pure paternalism the class being protected is identical with the class being interfered with, e.g., preventing swimmers from swimming when lifeguards are not present”.

indispensable distinguir de modo riguroso entre la fiabilidad del mecanismo en que consisten las operaciones periciales y la fiabilidad de la información resultante. Esta distinción permite imaginar situaciones en que la no admisión o exclusión de ciertos mecanismos periciales sea decidida por el propio órgano que —ulteriormente— ha de juzgar sobre los hechos valorando los elementos de prueba a efectos de evitar sus propios posibles errores. Si uno tuviese buenas razones para creer que de ciertos mecanismos periciales típicamente surge información que opera como el canto de las sirenas en la Odisea, podría estar justificado a no admitir esos mecanismos y privarse de información que, aunque podría ser valiosa en algún caso, tiende a ser engañosa y conducente a error en la mayoría de ellos. Lo que estoy queriendo señalar es que, en los casos de inadmisibilidad o exclusión de medios potencialmente productores de información engañosa, no *necesariamente* el juicio del legislador o del juez *gatekeeper* reemplaza (en modo paternalista) al de quien ha de valorar la prueba y decidir sobre los hechos. Bien podría, esa misma persona, decidir, de antemano, evitar que ciertas pruebas se practiquen frente a él o ella en una etapa ulterior. Una vez más, lo importante es ver que se trata de decisiones distintas, sobre cuestiones diferentes y que deben ser adoptadas en diversos momentos.

BIBLIOGRAFÍA

Alemaný, Macario (2005). *El concepto y la justificación del paternalismo*, Alicante, Universidad de Alicante, disponible en:

Davidson, Donald (2001 [1983]). "A Coherence Theory of Truth and Knowledge", en *Subjective, Intersubjective, Objective*, Oxford-Nueva York: Clarendon Press-Oxford University Press, pp. 137-158.

Dworkin, Gerald (1983). "Paternalism", en Sartorius, R. E., *Paternalism*, Minneapolis: University of Minnesota Press.

----- (2019), "Paternalism", en Zalta, E. N., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2019 Edition)*.

Feinberg, Joel (1986). *Harm to Self*, New York: Oxford University Press.

Ferrua, Paolo (2007), "Il giudizio penale: fatto e valore giuridico", en A.A.V.V., *La prova nel dibattimento penale*, Torino: G. Giappichelli, pp. 317-410.

Goldman, Alvin I. (1991). "Epistemic Paternalism: Communication Control in Law and Society", *The Journal of Philosophy*, 88 (3): 113-131.

Haack, Susan (2009), *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*, Amherst, Nueva York.: Prometheus Books.

----- (2014), "Trial and Error: Two Confusions in *Daubert*", en Haack, S., *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*, New York:, Cambridge University Press, pp. 104-121.

Hart, Herbert Lionel Adolphus. (1963). *Law, liberty and morality*, London: Oxford University Press.

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

