

# ANUARIO

## Nº34 · 2018

---

**El diseño institucional,  
el testimonio pericial  
y la fiabilidad del  
conocimiento experto.**

**Páginas 61-99**



## EL DISEÑO INSTITUCIONAL, EL TESTIMONIO PERICIAL Y LA FIABILIDAD DEL CONOCIMIENTO EXPERTO

### ALGUNAS PRECISIONES

**Carmen Vázquez**

Doctora en Derecho, Universitat de Girona, España.

carmen.vazquez@udg.edu<sup>1</sup>

### RESUMEN

El objetivo de este trabajo es hacer algunas precisiones sobre tres grandes temas de interés jurídico-filosófico: el diseño institucional en el ámbito probatorio, la justificación testimonial que está en juego en la prueba pericial y la fiabilidad del conocimiento experto que subyace a ese tipo de elementos de juicio. Con ello pretendo dar respuesta a algunas de las observaciones y críticas a mi libro *De la prueba científica a la prueba pericial* en el marco del seminario “Escritores abogan por sus libros”.

### PALABRAS CLAVE

Prueba pericial; razonamiento probatorio; juicio oral; proceso judicial

<sup>1</sup> Agradezco enormemente a Jordi Ferrer Beltrán sus comentarios a un borrador de este trabajo.

## THE PROCEDURAL FRAMEWORK, THE EXPERT TESTIMONY AND THE RELIABILITY OF EXPERT KNOWLEDGE

### SOME CLARIFICATIONS

### ABSTRACT

The aim of this paper is to provide some clarifications related to three huge topics having juridical and philosophical interest, the institutional design on evidence and proof area; the testimonial justification given the expert evidence offered; and the reliability of the expert knowledge underlying such kind of evidence. Through such clarifications I look to give answers to some observations and critiques to my *De la prueba científica a la prueba pericial*, all in the context of the seminar “Escritores abogan por sus libros”.

### KEYWORDS

Expert evidence; evidential reasoning; trial; judicial process

## I. INTRODUCCIÓN

“Escritores abogan por sus libros” constituye una actividad académica consistente en someter a profundo debate las ideas presentadas en un libro que, teniendo ciertas pretensiones filosóficas busca, también, tender puentes con otras áreas del conocimiento jurídico típicamente identificadas como “dogmáticas” (es decir, dedicadas al estudio del derecho sustantivo y, como se dice habitualmente, a su sistematización). En 2018, como filósofa del derecho, tuve el placer de ser invitada a “abogar por mis ideas” presentadas en *De la prueba científica a la prueba pericial* (Marcial Pons, 2015) en la Universidad Austral de Chile, gracias a la iniciativa y organización de Sebastián Agüero.

El cálido debate del que mi trabajo fue objeto y que ahora se refleja en los artículos aquí compilados, en mi opinión, es una muestra de dos cuestiones. Primero, si la academia jurídica pretende, como debería hacerlo, seleccionar las ideas más fuertes y deshacerse de las más débiles, es necesaria una dinámica de debate colectivo. Tal dinámica podría ser caracterizada como aquella en las que las ideas son sometidas a las más severas críticas para intentar refutarlas, siguiendo la senda popperiana o, si se quiere usar una dinámica más procesalista, “someterlas a contradictorio”, pues solo de esa manera podremos, entre todos, colaborar para la solidez de nuestro mercado de las ideas. Y, segundo, que el estudio del derecho no puede ser dividido en áreas estancas donde, por ejemplo, por un lado están los filósofos del derecho, que han analizado cuestiones atinentes al razonamiento probatorio y, por otro lado, están los procesalistas que analizan las reglas que rigen la institución probatoria en un sistema jurídico específico, o los constitucionalistas que analizan las normas jurídicas fundamentales (incluidas las procesal-constitucionales), o los estudiosos del derecho sustantivo (civil o penal) que estudian qué hechos son jurídicamente relevantes y, por ello, necesarios de prueba. Desde el punto de vista académico, un análisis concienzudo de los problemas jurídicos debe ser hecho desde distintas perspectivas, con la mayor información relevante posible y con la apertura adecuada para someter a debate las respuestas que vayamos desarrollando al respecto. Con esta dinámica en mente, en ese ambiente cálido y, a la vez, agudo, este trabajo busca dar respuestas a algunas de las cuestiones que me fueron planteadas.

En lo que sigue, entonces, pretendo responder a las agudas observaciones que me hicieron los tres profesores que participaron en el debate de las ideas presentadas en *De la prueba científica a la prueba pericial*: Daniela Accatino, Carlos Correa y Sebastián Vera<sup>2</sup>. A los tres agradezco enormemente el tiempo dedicado a mi trabajo y, sobre todo, la seriedad de sus críticas, que me han permitido hacer algunas precisiones a mis propias ideas.

Quizá, antes de entrar en materia, valga la pena decir que en *De la prueba científica a la prueba pericial* intento dar cuenta de muy diversos aspectos que suelen estar presentes en diversos sistemas jurídicos, tanto del *common law* como del *civil law*, cuando hay en juego conocimiento experto que pudiera fundar una decisión sobre los hechos y, por ello, la decisión judicial. ¿Esto quiere decir que se trata de una teoría general sobre la prueba pericial? Si por “teoría general” se entiende un conjunto de fundamentos teóricos no dependientes de un sistema jurídico específico, entonces sí, se trata de algunos mimbres de una posible teoría general. Se trata de un proyecto en parte normativo, aunque no asumo que hay un conjunto de instituciones o regulaciones que deberían estar en todos los sistemas jurídicos que prevean pruebas periciales; y en parte descriptivo, para dar cuenta de aspectos que comparten varios sistemas jurídicos que prevén las pruebas periciales.<sup>3</sup> Si por “teoría general” se entiende un conjunto cerrado de aspectos teóricos, entonces de ninguna manera concibo mi trabajo de tal modo. El sistema jurídico es cambiante y por ello las teorías tienen que ser vistas como elementos maleables. En ese sentido, la idea de “determinar cuáles debiesen ser en esencia principios generales de la prueba pericial”, como Correa afirma, está muy lejos de mi concepción, no solo de la prueba

---

2 Debo aclarar, desde ya, que mi objetivo es discutir ideas que han sido claramente presentadas sobre la concepción de la prueba pericial que sostengo en el libro. Por ello, dejaré de lado algunas críticas de forma o incluso, si se quiere, metodológicas, como las presentadas por Correa. La razón fundamental para hacerlo es que la presentación que hace Correa no me permite responder, pues más allá de enlistar una serie de adjetivos sobre mi trabajo, no se hace mayor abundamiento en la justificación de los estos ni se citan ejemplos que me permitan acordar o desacordar sobre la opinión del autor. Sin duda alguna, son todas observaciones formales de calado, pero, sin una explicitación adecuada de los argumentos que llevan a tales conclusiones, me es imposible responder.

3 En este sentido, no me queda nada claro lo que Correa (xxx) me atribuye estar buscando: “principios generales de la prueba (pericial)”. Y, por supuesto, los problemas que una empresa así enfrentaría: “[e]l problema que comúnmente conlleva adoptar tan ambicioso objetivo de estudio, radica en la posibilidad cierta de cometer excesos al momento de determinar cuáles son o debiesen ser *en esencia* dichos principios. Frente a ello cabe preguntarse: ¿existe realmente algo así como los principios generales de la prueba? ¿Cómo no caer producto de dicha búsqueda, en un activismo disfrazado de racionalismo discursivo?”

pericial, sino respecto de cuál es el objetivo del estudio del derecho. Como dice Carrió en la presentación de la *Naturaleza jurídica de la letra de cambio* escrita por Bulygin, y que recordé en mi libro (Vázquez, 2015: 90).

las afanosas pesquisas de ‘naturalezas jurídicas’ están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe. Al preguntarse por la naturaleza jurídica de una institución cualquiera... los juristas persiguen este imposible: una justificación única para la solución de todos los casos (1961: 7).

Dicho lo anterior, como había afirmado, el objetivo de este trabajo es dar respuesta a cuestiones concretas que han planteado los comentaristas y no justificar una metodología de investigación. Pues bien, el trabajo que sigue estará dividido en tres partes: En la primera intentaré hacer algunas delimitaciones sobre la concepción racionalista de la prueba de la que pende *De la prueba científica a la prueba pericial*. Ello porque no podemos obviar que la prueba pericial es parte de una institución jurídica más grande —la prueba— y que varias de las cuestiones que pueden observarse (o dejar de observarse) sobre el uso del conocimiento experto en la toma de decisiones judiciales dependerá de cómo concibamos en sí misma la decisión sobre los hechos. En mi opinión, el escenario cambia radicalmente si afirmamos que el objetivo de la prueba es lograr la convicción judicial o si, por el contrario, se afirma que el objetivo de esta institución es la averiguación (o la determinación) de la verdad. Ahora bien, la expresión “averiguación de la verdad” tiene que ser entendida adecuadamente en el marco de los diseños procesales en nuestros sistemas de aplicación del derecho en los Estados constitucionales, atendiendo a los límites que ello impone y los sujetos que en él participan.

La segunda parte del trabajo estará dedicada, también, a un aspecto fundamental en mi forma (quizá habría que añadir, filosófica) de ver la prueba pericial y es la concepción epistemológica de esta como una especie de testimonio. Efectivamente, la prueba pericial, desde el punto de vista epistemológico, es un testimonio pues aprendemos (o buscamos aprender) algo a través de *otro* o mediante las *afirmaciones* que otro hace,

no directamente mediante nuestros sentidos o nuestra propia experiencia.<sup>4</sup> Pues bien, en los últimos años ha habido mucha discusión en la llamada epistemología del testimonio, intentando dar respuestas a preguntas del tipo: ¿Cuándo el conocimiento testimonial está justificado?, ¿Cuál es el rol de la audiencia en un testimonio?, ¿El hablante asume algún compromiso epistemológico con la audiencia?, etc.<sup>5</sup> Para dar respuesta a lo anterior, en el tema que nos ocupa, hay que prestar atención a las diferencias entre la prueba pericial de parte y la prueba pericial, que es realizada por un experto nombrado por el juez, pues podrían constituir contextos que permitirían responder de forma distinta a las preguntas antes planteadas.

La tercera y última parte estará dedicada a la admisión y fiabilidad de las pruebas periciales. Como quizá, a estas alturas, ya es bien sabido, en los últimos años se ha discutido la idea de hacer más exigentes los criterios de admisibilidad de las pruebas periciales a efectos de evitar que entre al proceso judicial “ciencia basura”. Esta idea ha surgido a partir de la experiencia estadounidense más conocida, que es, sin lugar a duda, un hito en la valoración judicial de la prueba pericial. Pues bien, vale la pena hacer algunas precisiones sobre los argumentos en juego al debatir la rigidez necesaria para la admisión de las pruebas periciales y de qué manera (si es que hay alguna) sería compatible con la valoración de las mismas sin que ello implique la exigencia a las partes de probar dos veces su caso (o parte de él).

Para finalizar esta introducción, vale la pena advertir al lector que en todos estos debates no pretendo —“simplemente”— replicar lo que ya he dicho por escrito en *De la prueba científica a la prueba pericial*, sino que espero lograr cierto equilibrio entre evitar repetir los argumentos que ahí se pueden encontrar y aclarar las ideas que me fueron debatidas.

---

4 Este aspecto está muy asentado en el *common law*, donde la distinción tradicional entre los medios de prueba radica en si se trata de *physical evidence* o *testimonies*.

5 En mi opinión, el derecho no puede obviar tales discusiones cuando se pretende dar fundamento a una institución o a una práctica determinada y, por ello, bien haríamos en atender algunas de las cuestiones más básicas del área que puedan darnos respuestas a nuestras propias preguntas, incluso generándonos nuevas preguntas. Y, quizá bien harían, también, los epistemólogos en tomar al derecho como un escenario donde pueden testear sus teorías, donde pueden encontrar una gran riqueza de ejemplos del mundo real y, con ello, ayudar también a la construcción de sus teorías.

## II. LA DETERMINACIÓN DE LA VERDAD SOBRE LOS HECHOS Y EL DISEÑO INSTITUCIONAL

La prueba en el derecho no es otra cosa que determinar la ocurrencia (o no) de un hecho o hechos, igual que se hace en cualquier otra disciplina interesada en conocer el mundo. Si el derecho pretende regular la conducta de los ciudadanos, entonces debe estar interesado en saber quién realmente cometió un delito o quién genuinamente causó un daño, etc. Así, como se ha dicho en reiteradas ocasiones por diferentes autores, la prueba es una actividad cognoscitiva o epistemológica que permite a los jueces saber qué pasó, a efectos de atribuir consecuencias jurídicas mediante la aplicación del derecho.

El término *verdad* tiene una carga filosófica profunda y, por supuesto, no es este el lugar para ahondar en tan complejo tema. Basta decir que la mayoría de los autores en el área parten del presupuesto de que está en juego una noción de la verdad correspondentista. O, si asumimos que Tarski, al desarrollar la famosa teoría correspondentista, en realidad estaba hablando de lenguajes formales y no del lenguaje natural que se utiliza en el derecho (Haack, 2016:313), entonces podemos asumir una noción aristotélica de la verdad: “decir de lo que es lo que no es o de lo que no es que es, es falso, mientras que decir lo que es de lo que es y lo que no es de lo que no es, es verdadero” (Aristoteles, *Metaphysics Book IV*, 7, 1011b25). De cualquier manera, hay que enfatizar que no es necesario utilizar una noción *jurídica* de la verdad y que es un error asumir que en el proceso judicial se está ante algo así como la “verdad jurídica”, “procesal” o “formal”.<sup>6</sup> La institución probatoria en el derecho tiene como objetivo *conocer* la verdad a secas; ahora bien, *cómo* el derecho busca lograr ese objetivo es el gran debate. Ahí, vale la pena hacer algunos matices.

Es cierto que el derecho regula *parcialmente* la prueba como actividad cognoscitiva y, por ello, hay que prestar suma atención a qué es exactamente lo que está regulado. Si uno ve las regulaciones actuales de nuestros sistemas, se podrá dar cuenta que casi todas optan por la libre valoración de la prueba, caracterizada precisamente por la ausencia de normas jurídicas al respecto: el derecho nada dice sobre el valor probatorio que

---

6 Sobre todas estas cuestiones puede verse a Ferrer Beltrán(2003). Muy recientemente, también puede verse la ponencia de Paul Roberts en <https://www.youtube.com/watch?v=QJjB3XEWkNU>



los jueces deben atribuir a un elemento de juicio o al conjunto de estos.<sup>7</sup> A veces es relevante, incluso determinante, considerar al derecho probatorio cuando se analiza la prueba pericial (o cualquier otro medio de prueba): qué criterios regulan su admisión, qué derechos y obligaciones tiene el experto, cuándo se tiene que presentar este elemento de juicio, etc. Otras veces, sin embargo, es totalmente irrelevante, básicamente porque el derecho lo único que dice es que “el juez es libre de valorar la prueba pericial”.<sup>8</sup> Así, situándonos exclusivamente en esa etapa y/o sistema —la libre valoración de la prueba— es más fácil ver la importancia de afirmar que dar por probados determinados hechos es una tarea fundamentalmente epistemológica.

Ahora bien, uno de los conceptos clave en la epistemología es la *falibilidad* de nuestro conocimiento: que puede cambiar, que puede ser incompleto y que puede ser erróneo. Evidentemente, en el derecho, en el proceso judicial, puede pasar exactamente lo mismo: nuestro conocimiento sobre los hechos puede variar porque tenemos nueva información, puede ser incompleto porque nos faltan pruebas relevantes y puede ser erróneo debido a una mala inferencia o una mala base probatoria, etc. Las primeras dos cuestiones explican por qué las decisiones judiciales sobre los hechos solo pueden ser probables, jamás ciertas, pero eso no pasa solo en el derecho, pasa en cualquier empresa que trate de trabajar con el mundo; y pasa lo mismo con el error, la tercera cuestión antes aludida y correlativa a la probabilidad: el conocimiento fáctico tiene muchas posibles fuentes de error, empezando porque se trata de una empresa humana, así que cometer errores es ineludible, otra vez, en el derecho y en las demás áreas de conocimiento.

---

7 Hay varios autores que, tomando precisamente la distinción entre el derecho probatorio y el razonamiento probatorio, han acuñado diversas teorías sobre la determinación de los hechos en el derecho. Quizá el primero de esos autores fue Bentham con su famoso “*Rationale of Judicial Evidence*”; más cercano a nuestros tiempos, aunque todavía en el mundo anglosajón, otro famoso teórico al respecto fue Wigmore, que distinguía entre “*the principles of judicial proof*” y “*law of evidence*”; y todavía más reciente, Twining, “*la tradición racionalista de la prueba*”. Al respecto, dos libros indispensables son Twining (1985 y 1994: 32 y ss). Ya en nuestra tradición, Taruffo (1992: 343 y ss), por su parte, habla de “concepción abierta y cerrada de la prueba”; y en castellano, por ejemplo, Gascón Abellán (2004: 47) alude a “la concepción cognoscitiva” de la prueba. Cualquiera que sea la etiqueta que se prefiera usar, estas concepciones comparten la idea de que la institución probatoria tiene como objetivo la determinación de la verdad sobre los hechos acaecidos que, obviamente, tendrán consecuencias jurídicas.

8 Correa (xx) afirma que “entre el análisis sobre razonamiento probatorio y el estudio de las reglas probatorias y procedimentales, la autora toma claramente partido por el primero”, una cuestión que en sí misma no es ni positiva ni negativa, en mi opinión. Lo importante es a efectos de qué prefiero una cosa sobre la otra.

Entonces, ¿qué se está diciendo exactamente cuando se afirma que la institución probatoria tiene como *objetivo* la determinación de la verdad de los hechos? Primero, que no toda decisión sobre los hechos es verdadera, es decir, no hay una relación conceptual entre “prueba” y “verdad”, sino una relación teleológica.<sup>9</sup> Y, segundo, quizá como todo objetivo que se busca alcanzar, se trata de uno que a veces se logra y otras veces *no* se logra. Efectivamente, hay casos (los ha habido siempre y los seguirá habiendo) en los que pese a tener por probado que una persona realizó ciertos hechos, en realidad esta *no* cometió el delito o las acciones (u omisiones) por las que se le imputa una responsabilidad civil.<sup>10</sup> Lo fundamental en esos casos es ser capaces, no solo de corregir en la medida de lo posible los errores que se cometen, sino también de analizar cuáles son las fuentes de error más comunes en nuestro sistema y cambiar las piezas necesarias para evitarlos.<sup>11</sup>

Sin embargo, asumir como objetivo de la prueba en el proceso la determinación de la verdad de los hechos de ninguna manera supone que sea el único objetivo en juego y, por ello, habrá que ver cómo se relaciona con otros posibles objetivos. En este contexto vuelve a cobrar suma relevancia el derecho probatorio, pues precisamente en algunas de las reglas que lo conforman subyacen otros objetivos, al menos algunas veces incompatibles con la determinación de la verdad. De hecho, una crítica tradicional al derecho probatorio del *common law* es su lista de reglas de exclusión de información relevante, aunque no solo esos sistemas tienen esa clase de reglas. Es más, siguiendo a Ferrer (2007: 43), si la prueba en el derecho tiene una característica peculiar es que no siempre utiliza toda la información relevante disponible para la toma de decisiones. En nuestra tradición, por ejemplo, las reglas que otorgan ciertos privilegios a determinados testigos (parientes, sacerdotes y otros profesionales) y que podrían dificultar la incorporación de información relevante, han estado presentes desde hace mucho tiempo, con el objetivo de proteger los lazos familiares y el ejercicio adecuado de determinadas profesiones. Es fundamental reconocer estas cuestiones de

---

9 Un estupendo análisis al respecto puede encontrarse en Ferrer Beltrán (2003: 68).

10 Y, pese a ello, la decisión judicial podría estar justificada *dadas* las pruebas presentadas, admitidas y practicadas en un proceso judicial. Como muestra el ejemplo de los llamados “casos de los bebés sacudidos”. Véase Tuerkheimer (2011).

11 En Huff y Killias (2013) se hace precisamente esto: ver cuáles fueron las fuentes de error y proponer cambios para evitarlos. Como bien sugiere uno de los trabajos de este libro: “Errors Occur Everywhere -But not at the Same Frequency”.

importancia jurídica y no fustigarse con el látigo de lo “antiepistémico”, sino más bien *preguntarse* si estos objetivos tienen la misma importancia que la determinación correcta de los hechos o si se pueden proteger sin impactar necesariamente en ella.<sup>12</sup>

En este punto, Correa (xx) alude a las reglas de exclusión (o valoración negativa) de información obtenida ilícitamente y estima que “obedecen a garantizar ciertos valores en el proceso que muchas veces *deben primar* sobre la correcta averiguación de la verdad” (las cursivas son mías). El argumento que presenta es que cree firmemente que “[l]a existencia y aplicación de dichas reglas [...] permite reafirmar la vigencia de derechos vulnerados, confirmando con ello legitimidad a la resolución finalmente adoptada por un órgano jurisdiccional”. La idea de “reafirmar la vigencia de derechos” puede ser retóricamente persuasiva, sin embargo, creo que el debate más importante tiene que ver con si la exclusión es un mecanismo adecuado para proteger esos derechos o incluso si no hay otros mecanismos que permitan hacerlo sin el coste epistémico de excluir información relevante. Y ambas cuestiones son un debate abierto, que no se puede cerrar con el simplificador uso de etiquetas.

La segunda idea de Correa sobre la “conferencia de legitimidad a la decisión jurisdiccional” supone otro gran problema, el de la “legitimidad”, y la pregunta sobre las condiciones bajo las cuales el Estado está legitimado para llevar a cabo determinadas acciones. El debate de la legitimidad es, desde luego, un debate de carácter moral. En ese debate, sin embargo, vale la pena tomar en cuenta que el Estado, no solo tiene el deber de no molestarnos y/o limitar nuestros derechos, sino también tiene el deber de protegernos de otros ciudadanos que nos han violado esos derechos o pueden hacerlo en el futuro. Para lograr un equilibrio adecuado entre esos dos deberes, seguramente estamos de acuerdo en que “la búsqueda de la verdad no se puede lograr a cualquier precio”, pero tampoco deberíamos estar dispuestos a renunciar fácilmente a esa búsqueda. Por supuesto, lograr los equilibrios no es una tarea fácil.

---

12 En este punto juegan, también, cuestiones culturales, como ha mostrado Allen (2014) en su interesante trabajo sobre las reformas a la legislación procesal en Tanzania; y, más recientemente, Ho (2020).

Más allá de las reglas de exclusión de información relevante, también cobra relevancia prestar atención al diseño procesal que rige la conformación del conjunto de las pruebas. Por ejemplo, recientemente en Latinoamérica ha resurgido el debate sobre si la oralidad es un mejor diseño procesal que la escritura o si la participación de las partes (a través de su abogado) en la presentación de pruebas es mejor que un sistema donde el rol clave lo jugaba casi en solitario el propio juez, etc. Como el lector podrá adivinar, esta discusión es más amplia que el diseño sobre la práctica de las pruebas y podría incluso ir más allá del ámbito probatorio (aunque con una gran incidencia en él) y llevarnos a los debates de larga data sobre qué sistema es mejor, si los adversariales o los inquisitivos.<sup>13</sup>

En mi opinión, los factores que hay en juego para poder poner en adecuado funcionamiento uno u otro tipo de sistema, más adversarial o más inquisitivo, son tan diversos que la etiqueta de poco o nada sirve para llegar a una conclusión sobre cuál sería un mejor sistema. Quizá lo más sensato que podemos decir es que dependerá de cuán buenos jueces se tengan, de cuán buenos abogados se tengan, de las preferencias de la ciudadanía en función y un largo etc. En cambio, me parece que un buen debate, sobre si un diseño procesal es adecuado o no, pasa por identificar qué objetivos específicos queremos lograr con él y estudiar, también empíricamente, si cada una de sus regulaciones e instituciones son apropiadas para alcanzar o acercarse a esos objetivos.<sup>14</sup>

Pues bien, mi concepción sobre la prueba pericial está imbuida en este amplio y vasto contexto de la tradición racionalista de la prueba, donde entiendo que el debate principal radica en las inferencias que la información disponible permite realizar a un sujeto (o grupo de sujetos) y el diseño procesal en que dicha actividad debería tener lugar. Por ello, en términos generales, creo que el razonamiento probatorio tiene una amplitud que el derecho probatorio no puede (y ni siquiera debería) abarcar, pero no por

---

13 Una discusión interesante se puede encontrar en Langbein (1985) y el posterior debate de Allen (1987/88).

14 Además, como han dicho muchos autores, no hay sistemas inquisitivos o adversariales puros, sino que se trata de una cuestión gradual y no de todo o nada. Un ejemplo del tipo de estudios que comento en el texto es Glaser (1968), que mostró algunas deficiencias de la regulación del *discovery* cuando recientemente se creó, en Estados Unidos. Otro ejemplo, más reciente, mostrando, esta vez, el éxito de una figura procesal creada hace poco en Inglaterra, es el "Concurrent Expert Evidence and 'Hot-Tubbing' in English Litigation since the 'Jackson Reforms'. A Legal And Empirical Study", desarrollado por el *Civil Justice Council*, el 25 de julio de 2016.

ello hay que restar importancia a cómo el derecho local regula una u otra institución. En ese sentido, en *De la prueba científica a la prueba pericial* intento situarme en un modelo que, a mi entender, sería un buen contexto para su desarrollo: donde el juez pueda hacer preguntas aclaratorias durante la práctica de la prueba (por cierto, algo previsto ya en algunos ordenamientos), donde incluso podría nombrar a un experto (también previsto ya en algunos ordenamientos), pero donde también los abogados jueguen un gran rol bajo el principio de contradictorio y/o presentado a sus propios expertos (ambas cuestiones previstas ya en la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno). Y para ello no necesito analizar qué dicen exactamente las reglas de un sistema procesal específico, sino más bien qué sería racional que dijeran atendiendo al objetivo de que los jueces deben comprender las pruebas periciales con las que decidirán un caso.

Llegados a este punto, otra de las cuestiones que se debate, acerca del diseño procesal, son las capacidades de los sujetos que estarán ejecutando ese diseño: ¿las reglas se deben concebir pensando en decisores ideales o en decisores de “carne y hueso”?<sup>15</sup> Y, más concretamente en el diseño procesal sobre la prueba pericial, quizá sea conveniente debatir sobre *a quién* confiamos la tarea de decidir casos presentados ante un tribunal con fundamento en conocimiento experto: ¿un experto?, ¿un lego en la ciencia, pero experto en el derecho?, ¿un lego tanto en la ciencia como en el derecho? La mayoría de los sistemas de nuestra tradición romano-germánica han optado por la segunda opción: debe decidir un lego en la ciencia, pero experto en el derecho, un juez profesional “*peritus peritorum*”.<sup>16</sup> Aunque, paradójicamente, a la vez encontramos una fuerte desconfianza en las capacidades de ese lego en la ciencia para valorar adecuadamente las pruebas periciales, quizá *in crescendo* cuanto más complejo es el conocimiento experto en juego.

Como es bien sabido, hay sistemas que prevén que la decisión fáctica, en los procesos judiciales, será tomada por *legos*, tanto en el derecho, como en el área de conocimiento relevante: el jurado. Y, precisamente en ese contexto, cuando el juez de los hechos es el jurado, ha surgido con más

---

15 Allen y Leiter (2001).

16 Para un análisis crítico al respecto, véase Carlizzi (2019: 49).

fuerza cierta desconfianza en su capacidad para decidir adecuadamente con conocimiento experto, incluso planteándose estrategias *paternalistas* para protegerlo de sus malas decisiones. A toda esa posición se la conoce como “paternalismo epistémico”. Goldman (1991), por ejemplo, delimita al paternalismo epistémico hacia los juzgadores de los hechos de la siguiente manera:

Si, en opinión de los legisladores, una cierta categoría de elementos de juicio suele inducir al jurado a error, ellos están facultados para exigir o permitir que tales pruebas se mantengan fuera del alcance de los jurados. Este es un ejemplo de lo que llamo paternalismo epistémico. ... El tribunal sustituye con su propia expectativa sobre el error del jurado la expectativa del jurado mismo, quiénes quizá hubiesen [de haber estado facultados para hacerlo] aceptado información sobre el carácter del acusado, sus antecedentes penales o su retractación de un reconocimiento de culpabilidad previo, considerando que probablemente reduciría su probabilidad de error.

Es decir, bajo el *presupuesto* de que en *determinadas condiciones* el juzgador de los hechos cometerá errores, se *limita* su autonomía epistémica con el *fin* de obtener resoluciones correctas. Es importante prestar atención a las “determinadas condiciones”, para no mezclar discusiones sobre la toma de decisiones paternalistas y otras discusiones como “los sesgos del adversarialismo”.<sup>17</sup> Hay que advertir que las condiciones que se toman en cuenta para justificar una acción paternalista epistémica tienen que ver con las capacidades cognitivas del juzgador y no con el diseño institucional en el que lleva a cabo su labor; si el problema fuese este último, **más bien se tendría que hablar de** qué modificaciones de las normas, que regulan dicha cuestión, son necesarias y no de la introducción de reglas fundadas en el paternalismo epistémico. Lo anterior no supone negar que en ciertos contextos procesales se presentan más un tipo de situaciones que otras. Por ejemplo, es cierto que cuando son las partes quienes sistemáticamente nombran al experto, se presentan más desacuerdos periciales en la arena

---

17 Un error que, a mi juicio, comete Vera, xx.

judicial, pero cuando los peritos son sistemáticamente nombrados por el juez, por el contrario, aparece el “sesgo de la oficialidad”, considerándose que, solo porque se trata de un experto nombrado por el juez, lo que afirma está justificado.

Pues bien, hay que distinguir cuándo se estaría ante un paternalismo epistémico y cuándo se está ante otro tipo de controles que no necesariamente tendrían una justificación paternalista. En la literatura estadounidense se ha dicho que la exclusión de pruebas periciales por su calidad *puede interpretarse* como una decisión paternalista hacia el jurado: se excluiría información de baja calidad por temor a que el jurado sea incapaz de atribuirle un valor probatorio adecuado. En ese escenario, se abre una gran discusión sobre la justificación de tales acciones paternalistas cuando, como es el caso, los estudios empíricos muestran que hay jurados cognitivamente capaces de realizar la labor que les corresponde: controlar la inferencia realizada por el experto, es decir, los fundamentos que tiene para afirmar lo que afirma. Si eso es así, entonces, no se justificaría que el legislador (o incluso un juez profesional) decidiera excluir información para proteger a los jurados de sus errores *sistemáticos* en la decisión sobre los hechos.<sup>18</sup> En ese escenario pareciera que, más allá de una mera preferencia o una decisión política influenciada por la opinión personal, no habría una genuina justificación.

Sin embargo, no es necesario asumir un paternalismo epistémico para instaurar controles de admisibilidad más exigentes, que permitiesen hacer cierta valoración sobre la calidad de los fundamentos de las pruebas periciales en atención a otras características del sistema jurídico en cuestión. Por ejemplo, como sucede en Estados Unidos, las partes tienen que satisfacer su *burden of production* para que el caso pueda avanzar hacia un juicio oral que será decidido por un órgano diferente a quien decide la admisión; y esa carga no tiene una justificación paternalista, sino más bien de “economía procesal”, pues si las partes no muestran que tienen pruebas adecuadas para fundar sus pretensiones, no tiene caso seguir dilatando el procedimiento y acrecentando su costo. Para poder tomar esta decisión,

---

18 Recordemos, por ejemplo, que cuando Goldman define el paternalismo, nos habla de “una cierta categoría de elementos de juicio [que] *suele inducir* al jurado a error” (1991). Por ello, no se trata de casos en los que un juez es descuidado o no hace toda la tarea que debería, etc.

las partes tienen que presentar, desde el inicio, la información adecuada y no esperar hasta el juicio oral u otras etapas más avanzadas del proceso para hacerlo.

En la dinámica procesal estadounidense una figura clave es el *discovery*, que obliga a las partes a descubrirse mutuamente las pruebas con las que pretenden fundar sus pretensiones, junto con la rigidez del sistema para admitir nueva información que no fue presentada desde el inicio. En este contexto, en mi opinión, Correa (xx) confunde las justificaciones paternalistas para excluir prueba y otras razones para hacerlo, como el ejemplo que él mismo brinda sobre el *fair play*, y la exclusión de información desconocida para la parte contraria de quien la presenta. Y, precisamente, para controlar los diversos incentivos que se tienen para empezar el proceso judicial con información lo más completa posible, la configuración de las audiencias preliminares en el sistema estadounidense (donde es posible un genuino debate entre las partes con el juez del caso) hace que no sean un mal lugar procesal para debatir ciertas cuestiones bajo determinadas garantías, a diferencia de los sistemas tradicionales del *civil law* donde a las partes muchas veces se les pide que presenten escritos genéricos sobre sus pretensiones y fundamentos fácticos. En ese contexto, las pruebas suelen ser solo anunciadas y la información sobre su contenido más bien deficiente o nula. Estas diferencias procesales me parece que son omitidas por Vera cuando dice que “[l]a fase de juicio oral es donde propiamente se dan las condiciones para evaluar la fiabilidad de una pericia” o que “la etapa de juicio oral es [...] el mejor ‘lugar procesal’ para valorar la prueba que ha sido rendido sobre la base de la contradicción y la oralidad”.

En un escenario como el planteado anteriormente, el juez que decide la conformación del conjunto probatorio con el que el juez de los hechos, a su vez, decidirá el caso, tiene una gran responsabilidad en sus manos: si excluye información relevante o incluso determinante, en realidad está, él mismo, condicionando la decisión del caso o determinando una decisión. Pero la toma de esa decisión no se le atribuye al juez porque “exhiba una mejor posición epistémica” (Vera, XX) que el jurado, se le atribuye por el interés de que solo vayan a juicio oral los casos que ameriten ser conocidos por un jurado. Es decir, no tiene sentido que lleguen a juicio oral los casos cuyas pruebas no son suficientes para que un jurado racional pueda decidir,



o los casos en los que, a la luz de las pruebas, un jurado no podría decidir de una manera distinta a la que ya se puede decidir desde el inicio. En parte, esta dinámica procesal explica las estadísticas estadounidenses que indican que la inmensa mayoría de los casos se deciden en el *pretrial* y no en el *trial*; y esto, a su vez, explica el funcionamiento, en el sistema estadounidense, del juicio oral por jurados, pues no es una institución de uso masivo, si no más bien excepcional.

En resumen, una cuestión es asumir que el objetivo de la institución probatoria es la determinación de la verdad y otra distinta es delinear el diseño institucional mediante el cual pretendemos lograr ese objetivo. En ese sentido, el análisis del diseño institucional tendría la estructura de una regla técnica del tipo “si queremos lograr Y, entonces hay que hacer X”. Ello no supone encontrar “principios generales” que rijan una institución con independencia del sistema jurídico, sino algo mucho más simple: tener claro el objetivo que queremos lograr y analizar los instrumentos que tenemos para hacerlo, teniendo la disposición de cambiarlos siempre que no sirvan para el objetivo que nos hemos planteado.

### **III. LAS JUSTIFICACIONES TESTIMONIALES DE LOS PERITOS Y LOS ROLES DE LOS EXPERTOS EN LOS TRIBUNALES**

La prueba pericial, desde el punto de vista epistemológico, es un testimonio: el juez, a través de un *tercero*, obtiene información que desconocía. Una vez que asumimos esto, la prueba pericial, la declaración de las partes y, por supuesto, la prueba testifical, tienen el mismo carácter epistemológico. Esto no supone que sean del todo iguales y mucho menos que deban ser tratadas jurídicamente de la misma manera.<sup>19</sup>

Si, tal como la psicología del testimonio nos ha enseñado, la calidad de una prueba testifical depende en gran parte de la memoria del sujeto que percibió determinados hechos, encontramos ahí una gran diferencia

---

19 No me es claro si Correa (xx) está suponiendo que deben ser tratadas jurídicamente igual cuando afirma que “los intentos de separar testimonio y pericia desconocen la innegable similitud entre ambas pruebas, generando distinciones en gran parte artificiales, cuyas objeciones superan sus beneficios.”

con la prueba pericial, cuya calidad no depende directamente del sujeto, sino del *sustento empírico* que tienen las afirmaciones que hace. Y dicho sustento viene en gran medida dado por las características, o dinámicas, del conocimiento experto en sí mismo: una empresa colectiva interesada en conocer cómo, de hecho, generalmente funciona el mundo (o una parte de él). Esta diferencia nos permitiría tratar, jurídicamente, de forma distinta a estos dos medios de prueba. Por ejemplo, mientras que habría que proteger de cualquier interferencia y lo antes posible la memoria del testigo y no someterlo a diversos y continuos interrogatorios que podrían alterarla,<sup>20</sup> a los expertos muchas veces hay que ponerlos a debatir entre ellos y cuestionar sus fundamentos las veces que sea necesario, atendiendo a esa dinámica colectiva y no como una cuestión de meras creencias personales, etc. Pero, si en la prueba testifical el sujeto tiene un rol importante en la valoración de esta,<sup>21</sup> uno podría preguntarse: ¿qué pasa con la prueba pericial? ¿Cuál es el objeto de valoración de la prueba pericial, el perito mismo y/o sus afirmaciones?

En mi opinión, la *valoración judicial* de la prueba pericial nunca puede renunciar a valorar las *afirmaciones* realizadas por el experto sobre el caso concreto; pero, qué y cuándo hay que valorar sobre el *sujeto* que hace de perito amerita un hilo más fino en la argumentación. Y, para ello, hay que entrar en el debate sobre la justificación testimonial de las pruebas periciales.

Una de las críticas que se le ha hecho a la epistemología del testimonio es la inmensa variedad de concepciones que la componen, al menos dificultando encontrar *un* hilo conductor, no solamente entre los reduccionistas, los no-reduccionistas y las corrientes híbridas, sino incluso dentro de cada una de ellas. Así que, efectivamente, sería descriptivamente más correcto hablar de las epistemologías del testimonio y no de la epistemología del testimonio. Sin embargo, si atendemos precisamente a la “dinámica popperiana” de

---

20 Sobre este tema véase De Paula Ramos (2019: capítulo IV).

21 De Paula Ramos afirma que una mejor comprensión de la prueba testifical pasa por adoptar “una versión objetiva del testimonio, que no esté tan orientada a la persona que presta el testimonio, sino al mensaje que esta transmite. En otras palabras, más con el testimonio que con el testigo” (2019: 101). Estoy completamente de acuerdo con él en que se trata de una cuestión gradual y no categórica, no deberíamos centrar toda la atención en la persona; sin embargo, hay ciertas características de la persona que nos interesan en la adquisición de justificación testimonial, por lo que no es dable renunciar a analizar al sujeto. El propio autor hace referencia a los fallos en la percepción misma del testigo.

someter las ideas a las más duras críticas, creo que las planteadas al debate reduccionismo versus no-reduccionismo son devastadoras para tales concepciones y ubican la discusión actual en las concepciones híbridas:

“[aquellas que]combinan elementos internalistas, próximos a las teorías reduccionistas, en cuanto requieren para la adquisición de conocimiento que el auditorio ponga en juego sus facultades críticas y pueda dar razones apropiadas para aceptar p como verdadero, con elementos externalistas próximos a teorías no reduccionistas y que atribuyen relevancia en la justificación a la confiabilidad objetiva del contexto o ambiente epistémico en que tiene lugar el testimonio (lo que incluye al hablante)” (Accatino, xx).

Ubicados en ese contexto, ¿qué elementos habría en toda justificación testimonial? En mi opinión, dos aspectos mínimos: se trata de una justificación de carácter social, no netamente individual y, por ello, hay al menos dos agentes en juego; y no se trata de un modelo hereditario en el que la audiencia herede la justificación que tiene el hablante. Se trataría de elementos *mínimos* compartidos quizá por muchos de los epistemólogos del testimonio en la discusión actual, pero, obviamente, no por mínimos son poco importantes.<sup>22</sup>

Un punto clave en toda la discusión de la epistemología del testimonio actual es que el estado cognoscitivo de quien ofrece el testimonio *no se hereda*, es decir, no se transmite sin más a quien recibe el testimonio: puede haber una asimetría en el nivel de conocimiento que tiene la audiencia y el hablante, podrían tener estándares epistémicos distintos, el hablante podría no tener genuino conocimiento sobre lo que habla, etc.<sup>23</sup> Está, por tanto, siempre en juego la agencia epistémica del receptor del testimonio que, a efectos de lograr una justificación testimonial, tiene que utilizar su *background*, su percepción, su memoria y su capacidad inferencial.<sup>24</sup> Ello no quiere

22 Vale la pena subrayar “la discusión actual” en donde se intenta superar el debate reductivismo versus no-reductivismo.

23 Cfr. De Paula Ramos, (2019: 78 y ss).

24 Accatino (xx) pide que se advierta mejor cómo el modelo deferencial de justificación de la prueba pericial de confianza no es incompatible con una aproximación crítica del juez al contenido de la declaración de esa clase de peritos. La respuesta, precisamente, pasa por el rechazo a los modelos hereditarios de la justificación testimonial.

decir que su justificación dependa solo de fuentes no-testimoniales, pero tampoco que es completamente independiente de ellas; y, precisamente por esto último, quien ofrece el testimonio debería preocuparse de la calidad de lo que dice. En qué medida y bajo qué condiciones se dará todo lo anterior dependerá de las circunstancias en las que tenga lugar el acto testimonial. Siguiendo, entonces, el lenguaje de Accatino, los elementos mínimos anteriores constituirían, en mi concepción, lo que ella llama “teoría general de la justificación testimonial” y las “teorías especiales” estarían delimitadas precisamente por determinadas circunstancias en las que tiene lugar el testimonio.

En lo que respecta a las teorías especiales de la justificación testimonial, Accatino parece afirmar que podrían distinguirse distintos tipos de testimonio y también distintos contextos. Y, en efecto, es posible distinguir al menos dos tipos de testimonio, el lego y el experto;<sup>25</sup> y también distintos contextos de cada uno de ellos, por ejemplo, el testimonio experto en el contexto judicial (o formal) y el testimonio “natural”. Y, por supuesto, quizá es probable que se puedan distinguir muchos otros tipos y contextos. Sin embargo, mi intuición (y, por ende, el desarrollo de mi trabajo) coincide justamente con la idea de Gelfert (2016: 49) sobre que “tanto la aceptación basada en la confianza, como el rechazo basado en razones pueden ser movidas epistémicamente, apropiadas en diversos contextos testimoniales”.<sup>26</sup> Pero, ¿qué contextos? Para mí, se pueden distinguir contextos en los que se tienen las condiciones adecuadas para buscar quién es el mejor posicionado para que ofrezca un testimonio, y otros en los que lo único dable es evaluar lo que un tercero está afirmando.<sup>27</sup> En los dos casos, la justificación testimonial tiene un carácter social y el estado cognoscitivo del hablante no se hereda, pero la diferencia radica en si se pone el acento en aprender a partir de las *palabras* del otro o directamente en aprender del *otro*.<sup>28</sup>

---

25 La distinción entre estos dependerá de cuán nítida sea la distinción entre el conocimiento experto y el conocimiento lego. Haack (2007: 93 y ss), por ejemplo, al hablar del conocimiento científico y el sentido común, nos dice que son un continuo.

26 La cita y, por ende, la traducción, la tomo de Accatino, xx.

27 Como cuando buscamos un médico, a veces, el contexto se presta para seleccionarlo y otras veces tenemos que acudir a uno y analizar con mayor cuidado lo que nos dice.

28 Cuando llevamos toda la discusión anterior al contexto procesal y a la prueba pericial en particular, el panorama es más complejo y en gran medida “desierto”, porque los epistemólogos del testimonio casi no se han ocupado del testimonio experto (una excepción es Gelfert [2016: 179 y ss]) y menos del contexto jurídico. Por ello, la literatura empleada no solo obedece a la epistemología del testimonio, sino a las decisiones judiciales que se tienen que tomar y a las características del conocimiento experto.

Para desarrollar lo anterior, ahondemos en el perito que es, alguna manera, seleccionado por el juez. Como el lector podrá inferir, se trataría de un contexto donde la justificación testimonial tiende a una dependencia mayor en el otro dadas las posibilidades de seleccionar a quién dará el testimonio. En el cuarto capítulo de *De la prueba científica a la prueba pericial* desarrollo un modelo de la prueba pericial al que denomino “perito de confianza de los jueces”, que tiene como objetivo decir cómo este debería ser si: (i) se quiere hacer una diferencia epistemológica entre la prueba pericial de parte y aquellas realizadas por expertos de alguna manera seleccionados por el juez; y, (ii) esa diferencia epistemológica tiene, al menos parcialmente, incidencia en la justificación testimonial del juez. ¿Cómo se logran esas cuestiones? De ninguna forma bajo las prácticas actuales en algunos sistemas, donde lo único que se tienen son listados poco informativos sobre la *expertise* de un sujeto y, a partir de los cuales, el juez elige al experto o, peor aún, se deja dicha decisión a la suerte.

Si es que habrá un perito cuyo nombramiento pase por las manos del juez de la causa, entonces el juez debería ser el responsable de decidir quién es el mejor experto disponible para el caso concreto y esa decisión debería ser tomada con información adecuada y suficiente. Como siempre, una vez que decidimos atribuir a un juez determinada obligación, hay que preocuparse porque tenga los medios adecuados para cumplirla y, en esa línea, habría que preocuparse por poner a disposición del juez la información relevante para la decisión en juego. La información disponible puede tener distintos orígenes, desde la propia experiencia del juez, la información brindada por otros jueces y recogida de manera institucional, hasta la que puede brindar la comunidad experta a la que el experto pertenece.<sup>29</sup> En todo caso, la selección de un experto por el juez, mediando información relevante sobre su *confiabilidad*, nos sitúa en un escenario diferente al que se da cuando tenemos un perito de parte, a quien solo se le pide que muestre determinadas credenciales formales para su admisión y a quien luego se le evalúan básicamente sus afirmaciones sobre el caso.

El modelo del perito de confianza de los jueces no es un modelo psicológico: si el experto es “confiable” lo es para todos los jueces, no solo para aquel

---

29 He profundizado sobre este tema en Vázquez (2016).

que lo nombra y con quien tendrá una *relación procesal*. Precisamente por ello, otro tipo de relaciones más familiares o que supongan cierta empatía, interfieren con la noción de confiabilidad que está en juego.<sup>30</sup> Entonces, hay que distinguir confianza y confiabilidad, pues, aunque están íntimamente relacionadas, son cuestiones diversas. Confiar es un estado mental contingente, un hecho, la audiencia tiene o no tiene dicha actitud mental; la confiabilidad, en cambio, se relaciona con la justificación de la creencia de que hay razones suficientes para confiar, con independencia de si la audiencia de hecho confía o no. En este sentido, la confiabilidad es normativa, es decir, está justificado confiar en quien resulta confiable. Y, si bien es cierto que algún juez podría caer en el vicio de nombrar sistemáticamente, para todos los casos, a un perito en el que confía, sin mediar un juicio sobre su confiabilidad para el caso en cuestión, la solución pasaría por establecer límites para dificultar que esa situación tenga lugar, no en erradicarla por no ser perfecta.

Vale la pena recordar que la confiabilidad tiene un aspecto cognitivo y un aspecto motivacional. El primero de ellos se traduce en la atribución de autoridad teórica al perito por parte del juez, dada una valoración de su competencia relevante para el caso.<sup>31</sup> Sin embargo, no basta con atribuir expertise, también hay que tomar en cuenta las razones que tendría ese sujeto para actuar de determinada manera y, por ello, el segundo aspecto de la confiabilidad está constituido por una evaluación de las razones del experto para tomar en cuenta (o encapsular) los intereses del juez.

Lo anterior da pie a un contexto en donde se tienen elementos que inciden en la justificación testimonial sin renunciar a la actividad cognoscitiva del juez respecto de los hechos del caso. El juez, tanto en la prueba pericial de parte como en el modelo de perito de confianza de los jueces, debe comprender

---

30 En términos generales, se pueden encontrar dos formas de acercarse a la "confianza", una cognitiva y otra no-cognitiva. Quienes asumen una concepción cognitiva sobre la confianza, la tratan como una capacidad de conformar ciertas expectativas racionales sobre el comportamiento futuro de una persona en ciertas situaciones. Quienes asumen una concepción no-cognitiva, la tratan como una disposición, afecto, emoción o virtud moral independiente de la información que se tenga sobre la persona en quien se va a depositar la confianza o incluso de manera tal que no se reduzca a una persona.

31 Hay que distinguir entre ser experto y atribuir expertise. El juicio de atribución de expertise o de autoridad teórica podría estar equivocado y, en realidad, el sujeto al que se le atribuye no es un experto. Ser experto es una *disposición* para actuar de ciertas maneras en determinadas circunstancias, lo que va mucho más allá de las credenciales formales. Por ello, deberíamos atribuir *expertise* en función de lo que se considera "éxitos" en el tipo de actividades que lleva a cabo o en la solución de los problemas que analiza el sujeto en cuestión, es decir, dada la actualización de la actitud disposicional. Cfr. Vázquez (2016: 176 y ss).

(o entender)<sup>32</sup> lo que el perito está afirmado sobre el caso concreto. La diferencia radicaría en que en el modelo del perito de confianza de los jueces el juez del caso tendría un tipo de información sobre el experto y un tipo de relación con él que le facilitaría una justificación adecuada. ¿Esto supone que el juez *tiene que* deferir en el experto la decisión? ¡No! Pero si tuviera que hacerlo, un modelo como el perito de confianza de los jueces sería el más adecuado.

Aquí vale la pena traer a colación una pregunta de Carlos Correa (xx): “¿existe realmente —en caso de que en la especie se dé cumplimiento a todos los requisitos previamente mencionados— alguna razón, fuera de la mera arbitrariedad, para que el juez desestime en sede de valoración lo expresado y resuelto por el perito ‘ideal’? Más allá de que no considero que “perito confiable” y “perito ideal” sean sinónimos (quizá, en parte, porque no tengo claro qué sería un “perito ideal”), no podemos olvidar que la calidad del conocimiento experto del perito no depende exclusivamente de él, todavía hay que prestar atención a la calidad del área de conocimiento y a la fiabilidad del método, técnica, etc., demostrada por la comunidad experta, como veremos en el siguiente numeral. Pero tampoco podemos obviar que todo perito, como cualquier ser humano, es susceptible de sufrir sesgos cognitivos que le lleven a interpretar inadecuadamente la información sobre el caso o a hacer inferencias inadecuadas a partir de los datos correctamente interpretados.<sup>33</sup> Estas cuestiones pueden ser puestas sobre la mesa, por ejemplo, a través del contradictorio durante la práctica de las pruebas periciales, donde los jueces pueden adquirir más información para valorar adecuadamente lo que está en juego; y, precisamente después de ello, quizá termine resultando que el perito de parte es quien ofrece mejor conocimiento vicario que el perito de confianza de los jueces.

De cualquier manera, lo anterior se da cuando el conocimiento experto entra a través de un tercero: no sería el mismo tipo de justificación epistémica si hubiera un experto con conocimiento de primera mano, por ejemplo, en la situación de que el juez mismo fuera un experto en el área de conocimiento relevante. Sin embargo, hay una situación peculiar en la que el rol de

---

32 Es cierto, como señala Accatino, que empleé dos palabras distintas (“comprender” y “entender”) para hacer referencia a lo mismo.

33 Sobre los sesgos cognitivos de los expertos, véase Craig (2016: 117 y ss).

un juez experto podría variar: los tribunales mixtos. Estos son tribunales conformados por juristas y por expertos en alguna otra área del conocimiento, en donde ambos son expertos en alguna cuestión relevante para decidir y, a la vez, legos en otras cuestiones también relevantes para ello. Esta es precisamente la tendencia legislativa chilena a la que se refiere Carlos Correa (xx) en jurisdicciones como la ambiental o la libre competencia.

Uno podría prever que el legislador chileno, tomando en cuenta las dificultades de la materia ambiental o de la libre competencia, consideró que era mejor tener al menos algún experto en esas áreas conformando el tribunal, aunque el hecho de que se trate de tribunales mixtos, constituidos también por graduados en derecho, permitiría inferir, también, que el legislador no desconfía de las capacidades de los jueces profesionales. Es más, esta cuestión parecería reforzada al no existir la previsión de que los jueces expertos de tales tribunales, biólogos y economistas, se encarguen de filtrar el conocimiento experto relevante para el caso o incluso de establecer directamente los hechos a partir de él; por el contrario, *todos* los miembros del tribunal tienen que tomar todas las decisiones, desde la admisibilidad de las pruebas hasta su valoración. Y, si esto es así, de ninguna manera se “limita (indirectamente) la pertinencia de la prueba pericial mediante el juez-experto”, puesto que los jueces legos en la materia también deben decidir.<sup>34</sup> Se trata, entonces, de un caso *sui generis*, de una dinámica muy interesante que podrían llevar a un genuino diálogo entre el derecho y la ciencia, aunque no sin dificultades.

Debo decir que conocí la experiencia chilena sobre los tribunales mixtos después de escribir *De la prueba científica a la prueba pericial*, por lo que en ese libro el lector no encontrará referencias a los tribunales de constitución mixta. En cambio, alguna pequeña referencia se encuentra a una estrategia distinta: tribunales conformados *solo* por expertos para

---

34 Las comillas en el texto se deben a que se trata de una afirmación realizada por Correa, xx. Sobre el comentario de Correa, vale la pena decir que sería una manera muy extraña de entender el criterio de “pertinencia” de una prueba pericial. La pertinencia (o relevancia) es por excelencia el criterio epistemológico de admisibilidad de la información pues atiende a la relación de esta con los hechos del caso y, a partir de ahí, su incidencia en el aumento o disminución en la probabilidad de las hipótesis sobre las que tenemos que decidir. Por ello, no es viable, de ninguna manera, relacionar el criterio de pertinencia con el conocimiento que tiene (o no) el juez para resolver el caso. ¿Hay otro criterio de admisibilidad que podría jugar ese rol? En el sistema español, por ejemplo, se le ha asignado ese rol al criterio de “necesidad”, diciéndose que una prueba pericial será necesaria si y solo si el juez no tiene (o cree tener) el conocimiento necesario para resolver el caso. Una interpretación ampliamente subjetivista como esa tiene una serie importante de problemas. Al respecto véase Vázquez (2015: 163 y ss).



cualquier caso en el que hubiese conocimiento experto de por medio. Así, ahí afirmo (2015: 45) que se podrían prever grandes problemas de constitución en este tipo tribunales si lo pensamos como estrategia a generalizar: ¿cómo nombraríamos sistemáticamente a un experto para que decidiese un caso civil o penal o laboral, etc., donde hubiese de por medio conocimiento experto? Para empezar, uno de los grandes retos que tendríamos por afrontar es la constitución de tribunales *ad hoc* para el caso dada la naturaleza de la expertise, esto es, para que se trate de un genuino experto es necesario relacionar el caso con el decisor, sobre todo cuando el caso conlleva una cuestión de hiperespecialización y que de ninguna manera baste con credenciales genéricas del área. Y, si es que lo anterior no fuese en sí mismo suficientemente problemático, para continuar habría que prever mecanismos para el nombramiento *masivo* de expertos de las muy diversas áreas que tienen incidencia en los procesos judiciales, pues es previsible que el conocimiento experto esté cada vez más presente dado el avance de la ciencia y la tecnología. Sigo viendo al menos estos dos problemas de constitución en la hipotética estrategia de tener tribunales expertos para decidir todos los casos judiciales que involucren conocimiento de otras áreas del conocimiento y en los que no estaría en juego la justificación testimonial.

Con independencia de la discusión epistemológica sobre la justificación en la adquisición de conocimiento vicario por parte del juez, no podemos obviar las cuestiones relacionadas con la fiabilidad de los métodos, técnicas, teorías, etc. de los expertos y a ese gran tema dedicaré en parte el último numeral.

#### **IV. ADMISIÓN, VALORACIÓN Y FIABILIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL**

Los peritos de parte conforman la experiencia estadounidense más conocida a través de la trilogía *Daubert* y, aún antes, del caso *Frye*. Desde 1923, con el caso *Frye*, el sistema estadounidense dio dos pasos sumamente importantes para la mejora de la actividad jurisdiccional con las pruebas periciales: empezó a poner atención a la calidad de las afirmaciones periciales y, con ello, a tomar en cuenta lo que dicen las comunidades

expertas. Lo primero supuso que los jueces no se concentraran solo en las “credenciales formales” de los expertos, que pese a ser condición necesaria para admitir una prueba pericial, jamás puede ser suficiente para atribuirle valor probatorio; y lo segundo pone el acento en que las comunidades expertas pueden generar y ofrecer al sistema jurídico un tipo de información validada colectivamente que difícilmente podrán ofrecer los peritos individuales. Precisamente *Daubert* significó, en el mejor de los casos, una delimitación sobre el tipo de información que se puede pedir a las comunidades expertas: su valoración respecto al material publicado y los rangos de error de sus métodos y técnicas, por ejemplo.<sup>35</sup> En ese sentido, estoy de acuerdo con Vera en que *Daubert* ha logrado, en mayor o menor medida, instalar un discurso sobre la fiabilidad como criterio de valoración de la calidad de las pericias,<sup>36</sup> ahora bien: ¿qué debe entenderse por fiabilidad? y ¿qué criterios ayudan a valorar la fiabilidad de las muy distintas pruebas periciales?

Desde el punto de vista científico-experto, puede distinguirse entre la validez de un método o técnica y su fiabilidad. Mientras la primera se refiere a la capacidad del método o técnica para establecer lo que pretende establecer, la segunda se refiere a su nivel de éxito y fracaso para hacerlo. ¿Cómo se conocen ambas cuestiones? Más allá de lo que teórica o hipotéticamente se diga sobre cómo supuestamente funciona un método o técnica, se trata de información proveniente de *estudios empíricos controlados*, llevados a cabo replicando las condiciones de uso habituales con el objetivo de demostrar el funcionamiento real de aquello que se analiza. Idealmente, tal tipo de estudios se debería llevar a cabo por diferentes grupos de expertos para tener conclusiones más sólidas y, por supuesto, ese tipo de información no puede ser producida por el mundo jurídico, aunque sí debe ser controlada y valorada por los jueces.

---

35 Con *Frye* la atención se puso en si un método o técnica gozaba de la aceptación general de la comunidad experta, lo que se mostró como un mal criterio tomado de manera literal pues prácticamente ningún grupo de expertos diría que sus métodos no son fiables.

36 Con muchas variantes en función de los sistemas jurídicos y países. Por ejemplo, la *European Network of Forensic Science Institute* (ENFSI) ha generado un conjunto de “*Forensic Guidelines*” para la validación de diversos métodos forenses (o incluso para los laboratorios o los informes que realizan los expertos) y, a la vez, desarrolló los llamados “*Best Practice Manuals*”, que tienen como objetivo “*to provide a framework of procedures, quality principles, training processes and approaches to the forensic examination*” en diferentes áreas. Estos últimos son, a grandes rasgos, una suerte de convenciones de la comunidad experta sobre lo que serían las mejores prácticas en un área. Llama la atención que, mientras los datos empíricos muestran, por ejemplo, la bajísima fiabilidad del análisis de cabello para la identificación de un sospechoso, la ENFSI tenga un *best practice manual* sobre ese tipo de pruebas.

En Estados Unidos, en los últimos años, la obtención de información empírica sobre la validez y fiabilidad ha causado precisamente una revolución, sobre todo en cierto tipo de pruebas periciales. Y, justamente a partir de ello, se han elaborado un conjunto de documentos que han marcado un antes y un después en la época *postDaubert*: las tres ediciones del *Reference Manual of Scientific Evidence* (1994, 2000 y 2011) realizadas por el *Federal Judicial Center*; el conocido como NAS Report (2009), *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward* realizado por la *National Academy of Sciences*; el *Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Features-Comparison Methods* (2016) desarrollado por el *President's Council of Advisors on Science and Technology* (y, por ello, conocido como PCAST Report); y, muy recientemente, el borrador presentado por el *National Institute of Standards and Technology* (NIST, por sus iniciales en inglés), *Scientific Foundation Reviews* (2018), que ha sido sometido a la opinión de todos los interesados y cuyos comentarios fueron publicados a inicios de 2019.

El informe del *President's Council of Advisors on Science and Technology* (PCAST, por sus iniciales en inglés) analiza la fiabilidad de la identificación de personas mediante ADN, mordidas, huellas dactilares, huellas de zapatos, pelo y armas. Por ejemplo, por lo que hace al análisis del cabello encontrado en la escena del crimen y su comparación con el del sospechoso para identificarlo, el PCAST (118 y ss) concluye que su validez y fiabilidad ha sido más bien *asumida* que demostrada mediante los estudios adecuados. Para llegar a esa conclusión se analizan tres estudios empíricos de 1970-1980, los que supuestamente servían de fundamento para la validez y fiabilidad de este tipo de pruebas periciales. Sin embargo, el PCAST encuentra un cúmulo de deficiencias metodológicas en cada uno de esos estudios, las que terminan dejando sin fundamento alguno a la identificación de sospechosos mediante el análisis del cabello. Una de esas deficiencias es, por ejemplo, que los investigadores solo compararon el cabello supuestamente encontrado en la escena y uno de los cabellos del supuesto sospechoso, sin tomar en cuenta otros cabellos de este último. No hacerlo supone que todos nuestros cabellos son iguales, lo que es una hipótesis falsa.

El hecho de tener ese tipo de información permite al mundo jurídico no solo decidir justificadamente casos particulares, sino decidir cuán fiable tiene que ser un método, técnica, etc., para admitirlo como prueba en el contexto procesal. Por ello, bien harían los sistemas no solo en “adoptar el lenguaje de la fiabilidad”, como dice Vera, sino en implementar los mecanismos necesarios para medirla, pues es un paso indispensable en la mejora del uso del conocimiento experto para la toma de decisiones judiciales.<sup>37</sup>

¿Lo anterior quiere decir, entonces, que basta con ese tipo de información empírica para atribuirle valor probatorio a una prueba pericial? No, de ninguna manera, pues incluso un método tan fiable como el ADN puede ser *aplicado* de manera errónea, por malas inferencias del experto de turno, por contaminación de la muestra o un largo etcétera.<sup>38</sup> Atendiendo a ello, a partir de la última modificación de las *Federal Rules of Evidence* en Estados Unidos, la regla 702 establece que el juez debe considerar la fiabilidad en la aplicación del método a los hechos del caso, lo que nunca fue considerado por *Daubert*.

Los criterios *Daubert* si bien han dado pie a una enorme revolución en el ámbito pericial a nivel internacional, no pueden, entonces, ser trasladados a la etapa de valoración judicial de las pruebas periciales suponiendo que van a hacer todo el trabajo que en dicha etapa corresponde hacer y/o que van a dar respuesta a diferentes situaciones que se pueden presentar en la arena procesal, como los desacuerdos entre los expertos. Vale la pena enfatizar que en la etapa de valoración (y antes también) hay que considerar, no solo la fiabilidad genérica de un instrumento o teoría, sino también cómo ha sido aplicado al caso concreto. Los criterios *Daubert* no permiten hacer esa tarea, pero es que no hay (y no puede haber) un conjunto de criterios aplicables a todo tipo de pruebas periciales que hagan la labor que corresponde hacer a

---

37 El lector, seguramente, se preguntará si hay áreas en las que este tipo de medición es imposible y, entonces, si se trata de ámbitos (teorías, hipótesis, métodos, etc.) más bien *subjetivos*. Quizá uno podría distinguir entre aquellas áreas o tipos de pericias en los que pudiendo hacerse el trabajo necesario para validar y medir su fiabilidad no se ha hecho y otras donde hacerlo es más bien imposible. Pero, en este último caso, considero que no se debe permitir su uso en el área judicial ya que ¿con qué argumento podríamos usar dicha información de manera justificada para, por ejemplo, condenar a una persona?

38 Un interesantísimo trabajo sobre los rangos de errores humanos en los análisis de ADN dentro del *Netherlands Forensic Institute* es Kloosterman, et. al.(2014). Una cuestión que enfatizar es que se trata de un estudio hecho por el propio laboratorio oficial para identificar sus fuentes de error y, asumo, intentar reducirlas. Una situación totalmente diferente a lo que sucede en otras latitudes donde más bien se busca esconder cualquier error.

quien juzga: comprender lo que los expertos están afirmando sobre el caso concreto y atribuirle un valor probatorio en atención, además, al resto de elementos de prueba con que se cuente.

Si tenemos en mente el objetivo anterior, la experiencia estadounidense es de poca (o nula) ayuda, dadas las características de la práctica de las pruebas y la valoración de estas. La práctica de la prueba es realizada por los abogados bajo la *cross examination*, por lo que la mayoría de las cuestiones que en dicha literatura se encuentran están dirigidas a aconsejar al abogado sobre cómo debatir una pericia, no sobre cómo podría hacerse para que el juez de los hechos comprenda mejor el razonamiento pericial y pueda valorar mejor dichas pruebas. Es más, por el contrario, de este se espera que permanezca inerte con independencia de lo que digan los expertos.<sup>39</sup> Y, como es bien sabido, la valoración de las pruebas sigue siendo la *black box* del sistema: no se sabe por qué el jurado decidió un caso como lo decidió. En nuestros sistemas, en cambio, los jueces están obligados a motivar sus decisiones y algunos sistemas jurídicos prevén la posibilidad de que los jueces puedan hacer preguntas aclaratorias al perito, no que permanezcan inertes. En este contexto, valdría la pena preguntarse qué herramientas procesales con incidencia epistemológica tenemos para atender a cierto tipo de situaciones concretas, sean ordinarias o extraordinarias.

Una de las situaciones habituales en la prueba pericial, sobre todo cuando hay peritos de parte, son los desacuerdos entre los expertos. Se trata de una situación que en sí misma no es negativa y más bien podría ser calificada como característica del conocimiento experto, donde suele haber grandes espacios de debate y disenso entre los miembros de un área determinada. En el conocimiento experto hay desacuerdos genuinos y, por ende, es natural que se reflejen en las pruebas periciales, por ejemplo, cuando los expertos interpretan de manera distinta los mismos datos. Ahora bien, además de los desacuerdos genuinos, puede haber también desacuerdos aparentes, donde no hay un real desacuerdo, por ejemplo, cuando los expertos han

---

<sup>39</sup> Hay que tomar en cuenta que, en esta etapa, el juez de los hechos ya es el jurado, del que se espera esté inerte; el juez profesional de la causa, presente en todo momento, no permanece inerte.

considerado información sobre los hechos del caso diferente, etc. Y, por supuesto, hay también desacuerdos falsos basados en deficiencias (voluntarias e/o involuntarias) de uno de los expertos.

En los sistemas del *civil law* se sigue huyendo al análisis de los desacuerdos entre los expertos y más bien se pretende zanjar la cuestión buscando un tercer peritaje o incluso un perito único. En cambio, algunos sistemas del *common law* han incentivado el que los jueces entren al análisis de dichos desacuerdos llevando a cabo una junta entre los peritos para propiciar un escenario de diálogo *entre* ellos y *con* ellos. Desde 1980, en Australia, surgió el llamado “*hot-tub*” que, básicamente, es la reunión del juez y las partes con los peritos, con el objetivo claro de delimitar y/o aclarar los desacuerdos entre ellos.<sup>40</sup> La idea de base sería algo así como replicar un escenario que debería ser familiar para los expertos: un sano debate de las ideas y/o de la información considerada en sus afirmaciones. Ahora bien, puesto que el proceso judicial no es y no puede ser de ninguna manera un contexto académico, hay que buscar la manera más efectiva para que dicho debate sea informativo para el juez que debe decidir. A esos efectos, se le debería pedir a los peritos que desacuerdan que, antes de la reunión, presenten al juez un informe conjunto sobre sus puntos de acuerdo y de desacuerdo y una suerte de justificación de los mismos,<sup>41</sup> de manera que el juez participaría en la reunión con los expertos teniendo la información relevante para dirigir el debate y no viéndose sistemáticamente sobrepasado por los expertos. Los datos que arrojan los estudios que se han realizado sobre la experiencia de jueces y abogados es sumamente positiva: el 83% de los miembros de la judicatura encuestados respondieron que el *hot-tubbing* mejoraba la calidad de las pruebas periciales y que el 84% de los abogados respondió de la misma manera.<sup>42</sup> Vale la pena enfatizar que esta técnica se ha mostrado útil para afrontar diferencias sustantivas entre los expertos, pero no para cuestiones relacionadas con su falta de credenciales o experiencia, o su falta de independencia o la afectación a algún tipo de sesgos.

---

40 Véase Hazel (2013).

41 Esta disposición está actualmente vigente en Inglaterra, véase el artículo 35.12 (3) de las *Civil Procedure Rules* y, sobre todo, los numerales 9.1 a 9.8 de la *Practice Direction 35*.

42 Véase, “*Concurrent Expert Evidence and ‘Hot-Tubbing’ in English Litigation since the ‘Jackson Reforms’*. A Legal And Empirical Study”, desarrollado por el *Civil Justice Council*, 25 de julio de 2016, p. 58 y 59.

Cuando se amplía la mirada, se puede observar que los sistemas jurídicos han ido buscando diversas maneras para lidiar con el conocimiento experto y, en ese sentido, han ido evolucionando. Actualmente, es posible encontrar diversas respuestas para la pregunta que Juan Vera trae a colación con la cita de Learned Hand, de principios del último siglo: “[b]ut how can the jury judge between two statements each founded upon an experience confessedly foreign in kind to their own?”. Los desacuerdos entre los expertos son inevitables,<sup>43</sup> por lo que la pregunta relevante es qué mecanismos procesales tenemos para tratarlos.

Además de la pregunta por la fiabilidad y los desacuerdos entre los expertos, Vera (xx) pone sobre la mesa que la exclusión de pruebas periciales por falta de fiabilidad podría generar una alteración indirecta de la distribución del riesgo de error en relación con el estándar de la duda razonable que opera en materia penal. Vera (xx) nos dice:

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 sólo operaría la relevancia y 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 llegue a juicio oral una

---

43 No hay que pensar en un modelo que elimine los desacuerdos, eso es solo posible de dos maneras: eliminando la presencia de expertos o favoreciendo la presencia de un único experto en el proceso judicial. Esto último podría tener consecuencias problemáticas, pues incentiva que no se presente toda la discusión sobre un tema, las debilidades del informe, los sesgos cognitivos de ese sujeto que pueden ser más fácilmente puestos sobre la mesa mediante otro experto.

pericia, ya sea porque se perjudica el aporte epistémico que una prueba pericial declarada inadmisibile pueda otorgar a la valoración conjunta de los medios de prueba.

Si entiendo bien, la idea que le preocupa a Vera es la relación entre lo que él llama “exigencias probatorias” y la suficiencia probatoria. Ahora bien, en el párrafo anterior se apuntan al menos tres cuestiones diferentes, aunque relacionadas: (1) un supuesto régimen de admisión más exigente *solo* para las pruebas periciales; (2) la alteración en la distribución del (*riesgo* de) error que podría suponer una regla de exclusión de las pruebas periciales no fiables; y, (3) las consecuencias de excluir una prueba para la valoración conjunta de las pruebas.

Vale la pena decir que la admisión más exigente no necesariamente se plantea solo para las pruebas periciales, se plantea para determinados *tipos de pruebas* cuya calidad pudiera valorarse en esa etapa procesal, como las propias pruebas testificales (v.gr. en el caso en que el testigo es ciego o tiene serios problemas de visión y el objeto de su testimonio radica precisamente en lo que supuestamente vio).<sup>44</sup> Otra cosa es si la fiabilidad es, en sí misma, un criterio exigente, lo que negaría dado su carácter gradual: un método puede ser más o menos fiable. Distinto es si exigir información sobre la fiabilidad es exigente. En mi opinión, sin embargo, la pregunta fundamental que debemos hacernos es si es necesario requerir que una prueba pericial sea mínimamente fiable para admitirla al proceso y, por los datos mostrados en los párrafos anteriores, creo que la respuesta no puede ser más que positiva. ¿Con todo ello se distribuye el riesgo del error?

Como es bien sabido, los estándares de prueba son reglas que establecen el nivel de suficiencia probatoria necesario para tener por probados los hechos del caso. Una de las funciones de todo estándar de prueba es que distribuye el riesgo de error entre las partes, de modo que un estándar de prueba más exigente hace más difícil la prueba de los hechos y, por ello, disminuye el riesgo de condenas erróneas (aumentando el de absoluciones erróneas); por el contrario, un estándar de prueba menos exigente facilita tener por probados los hechos y, por ello, aumenta el riesgo de condenas

---

44 Sobre la admisión exigente solo para las pruebas periciales, véase Schauer y Spellman (2013).



erróneas (disminuyendo el de absoluciones erróneas).<sup>45</sup> Laudan (2006) ha puesto en la mesa de discusión la incidencia que podrían tener en esa distribución de errores ciertas reglas de exclusión *asimétricas*, es decir, reglas que permitan la entrada de cierto tipo de información para una de las partes y no para la otra; en Estados Unidos, por ejemplo, la exclusión de prueba ilícita tiene lugar solo cuando es contra el acusado y, en cambio, si favorece al acusado es admisible. No cualquier regla de exclusión redistribuye los riesgos de error y ahí, en mi opinión, Vera se equivoca al asumir lo contrario. Excluir de forma simétrica (i.e., con independencia de qué parte las proponga) las pruebas periciales no fiables tienen un impacto en la disminución de errores, pero no necesariamente en su distribución entre las partes. Sostener lo contrario necesitaría de fundamentos (también empíricos) que Vera no ofrece.

Ahora bien, ¿qué pasaría en la fase intermedia si se impone como regla de admisión que las partes muestren la fiabilidad de los métodos o instrumentos, etc. que los peritos han usado? Quizá, una situación de lejos mejor que la prevista por Vera: se disminuirían los errores, no se distribuirían. ¿Por qué? Porque no entrarían al proceso judicial pruebas periciales cuya fiabilidad de sus fundamentos ignoramos y a partir de las cuales se generan errores en el sistema. Como han mostrado los datos de los *Innocence Projects*, por ejemplo, mediante la identificación de personas a través de su cabello, en 2015, el FBI “*announced that its hair microscopy experts overstated the probability of a match between hair evidence and the defendant’s hair in 95 percent of the 268 cases it had reviewed*”.<sup>46</sup> Por eso, cuando Vera afirma, “se hace más difícil que llegue a juicio oral una pericia”, habría que distinguir cuándo esa pericia no es fiable (o suficientemente fiable) y por eso está bien que no llegue, y cuándo sí lo es y por eso debería llegar. Como es evidente, esto se conecta con la exigencia a las partes de demostrar la fiabilidad de sus pruebas periciales para que sean admitidas.

Y queda un último punto de los tres señalados anteriormente: las consecuencias para la valoración en conjunto de excluir una prueba pericial

---

45 Al respecto, un libro imprescindible en el tema es Ferrer (2007), especialmente la segunda parte.

46 Véase Spencer S. Hsu, “FBI admits flaws in hair analysis over decades”, en *The Washington Post*, 18 de abril de 2015. Disponible en: [https://www.washingtonpost.com/local/crime/fbi-overstated-forensic-hair-matches-in-nearly-all-criminal-trials-for-decades/2015/04/18/39c8d8c6-e515-11e4-b510-962fcfab310\\_story.html?noredirect=on](https://www.washingtonpost.com/local/crime/fbi-overstated-forensic-hair-matches-in-nearly-all-criminal-trials-for-decades/2015/04/18/39c8d8c6-e515-11e4-b510-962fcfab310_story.html?noredirect=on)

cuando esta es fiable. Como dice Ferrer Beltrán (2002: 35), si cambia el conjunto de pruebas, el resultado probatorio *puede* cambiar también. En esa línea, podemos encontrar tres escenarios en los que una prueba pericial fiable fuera excluida (en principio) erróneamente:

- (I). La prueba excluida no es suficiente en sí misma ni en conjunto con el resto del acervo probatorio para probar un hecho H
- (II). La prueba excluida es en sí misma suficiente para probar el hecho H
- (III). La prueba excluida podría ser suficiente junto con las otras pruebas para probar el hecho H

El primer escenario muestra que la exclusión de una prueba fiable en sí misma podría no afectar de ninguna manera la decisión tomada porque, ni por sí sola ni en conjunto con el resto de pruebas admitidas, hubiera permitido alcanzar el nivel de suficiencia probatoria establecido por el estándar de prueba aplicable al caso. De hecho, hay jurisprudencia asentada en varios países que establece que cuando las partes apelan una decisión desfavorable alegando la exclusión indebida de una prueba, tienen que mostrar que su admisión hubiese cambiado el sentido de la decisión. En el segundo escenario, en cambio, estaríamos ante un error importante, aunque posiblemente es muy poco común que una sola prueba permita satisfacer el estándar de prueba. Y, finalmente, el tercero de los escenarios es el más complicado: ¿qué justificaría excluir una prueba que teniendo cierto nivel de fiabilidad podría otorgar el aval suficiente a una hipótesis junto a otras pruebas? La única razón pudiese ser que el nivel de fiabilidad de la prueba es demasiado bajo como *para ser admitida*, pero ahí surgiría otra pregunta: ¿qué nivel mínimo de fiabilidad deben mostrar las pruebas periciales? Una cuestión que está totalmente abierta y que, al parecer, Vera no considera dadas sus dudas sobre la fiabilidad en sí misma como criterio de admisión, pese a que el debate actual de la prueba pericial transita por ahí.

En resumen, la exigencia de una mínima fiabilidad como criterio de admisión para (aunque no solo) las pruebas periciales no tiene impacto en la distribución del riesgo del error entre las partes, si esa exigencia se

aplica con independencia de qué parte proponga la prueba. En cambio, sí tiene un gran impacto en la disminución de errores, que debe ser una meta principal si estamos interesados en la averiguación de la verdad. Siendo así, resulta crucial la importancia de exigir a los expertos información sobre la fiabilidad de sus métodos, técnicas, etc., que va más allá de la *expertise* misma y del caso particular.

Dilucidado lo anterior, hay una pregunta de Correa con la quiero terminar:

¿No bastaría limitarnos a contar con un juez “controlador” de la pericia, asignándole a ésta –una vez satisfechas ciertas condiciones para su realización- un valor determinado? En síntesis: ¿Qué grado de libertad es necesario asignar al juez al momento de valorar la prueba pericial del juez, perfectamente producida?

MI respuesta es —quizá decepcionante para algunos— *depende*. Depende de si la calidad de la prueba pericial, tanto de las generalizaciones independientes a los hechos del caso, como de su aplicación al caso, se reduce a “ciertas condiciones” que pueden ser claramente definidas y medidas. Y ello sucede fundamentalmente cuando la prueba pericial es el resultado de un instrumento o aparato sin mediar interpretación alguna del perito, como actualmente sucede en el caso de la medición de la pureza de las drogas o en la medición del alcohol en el cuerpo.<sup>47</sup> En esos casos, el juez se encuentra normalmente ante un conjunto cerrado de condiciones que si son satisfechas, entonces el resultado alcanza el nivel de fiabilidad *conocido* de ese aparato o instrumento. Pero, más allá de esos dos casos, siempre que el experto tenga que realizar inferencias, los jueces tienen que ser capaces de comprender el razonamiento que está en juego y ser libres para valorarlo racionalmente.

En resumen, una valoración racional de las pruebas periciales depende de que los jueces puedan controlar adecuadamente el razonamiento experto; para ello necesitan información adecuada sobre la(s) generalización(es) independiente(s) a los hechos del caso y su aplicación a los hechos del caso.

---

47 Por supuesto, asumo aquí que el aparato con que se llevan a cabo estas pruebas es el que debería ser, que se trata de un aparato calibrado y que las condiciones de laboratorio donde se realizan son óptimas.

El tipo de información en juego sobre las generalizaciones expertas es de carácter empírico, que genuinamente muestre cómo de hecho funcionan los métodos, técnicas, teorías, etc. que se están empleando. Y, por otro lado, para identificar y plantear las cuestiones problemáticas que pueden surgir en toda prueba pericial, cuando el conocimiento experto se aplica a los hechos de un caso determinado, se requiere un conjunto de herramientas procesales que lo permitan. Así pues, teniendo claro que los jueces deben comprender el contenido de las pruebas periciales, hay que preocuparse por tener diseños institucionales acordes, que permitan sistemáticamente llegar a la verdad sobre los hechos.

## BIBLIOGRAFÍA

Allen, Roland (2014). "Reforming the Law of Evidence of Tanzania (Part two): The Social and Legal Challenges", en *Boston University International Law Journal*, 31 (2).

Allen, Roland, et.al. (1987-1988). "The German Advantage in Civil Procedure: A plea for more details and fewer generalities in comparative scholarship", en *Northwestern University Law Review*, 82.

Allen, Ronald y Leiter, Brian (2001) "Naturalized Epistemology and the Law of Evidence", en *Virginia Law Review*.

Carlizzi, Gaetano (2019). *La valutazione della prova scientifica*, Milán: Giuffrè Francis Lefebvre.

Carrió, A. (1961). "Presentación", en E. Bulygin: *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires: Abeledo - Perrot.

Craig, Adam (2016). *Forensic Evidence in Court. Evaluation and Scientific Opinion*, United Kingdom: John Wiley & Sons.

De Paula Ramos, Vitor (2019). *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, Jordi (2003). *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid- Barcelona: Marcial Pons.  
(2007). *Valoración racional de la prueba*, Madrid- Barcelona: Marcial Pons.

Gascón Abellán, Marina (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Segunda Ed., Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Gelfert, Axel (2016). *A Critical Introduction to Testimony*, London: Bloomsbury.

Glaser, William A. (1968). *Pretrial Discovery and the Adversary System*, New York: Rusell Sage Foundation.

Goldman, Alvin (1991): "Epistemic Paternalism: Communication

Control in Law and Society”, en *Journal of Philosophy*, 88.

Haack, Susan (2007): *Defending Science -within reason*, New York: Prometheus Books.

(2016). “La justicia, la verdad y la prueba. No tan simple, después de todo” en J. Ferrer Beltrán y C. Vázquez, *Debatiendo con Taruffo*, Madrid -Barcelona: Marcial Pons.

Hazel, Genn. (2013). “Getting to the truth: experts and judges in the ‘hot tub’”, en *Civil Justice Quarterly*, 32 (2).

Ho, H. L., 2020. “El silencio como prueba”, en J. Ferrer Beltrán y C. Vázquez, *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un punto de encuentro entre diferentes tradiciones*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons. (En prensa).

Huff, Ronald y Killias, Martin (2017). *Wrongful Convictions & Miscarriages of Justice. Causes and Remedies in North American and European Criminal Justice Systems*, New York- London: Routledge.

Kloosterman, ATe, et. al. (2014). “Error rates in forensic DNA analysis: Definition, numbers, impact and communication”, en *Forensic Science International: Genetics*, 12: 77-85

Langbein, John (1985). “The German Advantage in Civil Procedure”, *University of Chicago Law Review*, 52 (4).

Laudan, Larry (2006). *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, New York: Cambridge University Press. Hay traducción al castellano de C. Vázquez, C. y E. Aguilera, (2013) en *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Madrid- Barcelona: Marcial Pons.

Schauer, Frederick y Spellman, Barbara (2013): “Is Expert Evidence Really Different?”, en *Notre Dame Law Review*, 89 (1).

Taruffo, Michele (1992). *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Milán: Giuffré Editore. Citado por la traducción al castellano de J. Ferrer Beltrán, (2002). *La prueba de los hechos*, Madrid: Editorial Trotta.

Tuerkheimer, Deborah (2011). “Science-Dependent Prosecution and The Problem of Epistemic Contingency: A Study of Shaken

Baby Syndrome”. *Alabama Law Review*, 62 (3): 513-569.

Twinning, William (ed) (1985). *Theories of Evidence. Bentham & Wigmore*, California: Stanford University Press.

Twinning, William (1994). *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Illinois: Northwestern University Press.

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

(2016). “El perito de confianza de los jueces”, en *Analisi e diritto*, 163-194.

