

LA PRUEBA PERICIAL. ENTRE LA DEFERENCIA Y LA EDUCACIÓN

María del Carmen Vázquez Rojas

Dipòsit legal: Gi. 2041-2014
<http://hdl.handle.net/10803/284763>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



Universitat de Girona

Tesis Doctoral

La prueba pericial. Entre la deferencia y la educación

Sra. María del Carmen Vázquez Rojas

Programa de doctorado: Derecho, economía y empresa

Director: Dr. Jordi Ferrer Beltrán

Trabajo presentado para optar por el grado en

“Doctora por la Universidad de Girona”

2014

La prueba pericial:

Entre la deferencia y la educación.

Agradecimientos

Resumen

Introducción	1
--------------	---

Capítulo 1: La prueba, la prueba pericial y el testimonio Del género a la especie

1. La prueba pericial	7
1.1. La prueba en el derecho	10
1.2. La pericial: la <i>expertise</i> y el experto	19
2. El carácter testimonial de la prueba pericial	27
2.1. El testimonio y su epistemología	34
2.2. El reduccionismo vs. el no-reduccionismo	40
3. Algunos presupuestos epistemológicos y el razonamiento probatorio	48
3.1. La concepción racionalista de la prueba	48
3.2. Sobre la epistemología jurídica	52
3.3. La epistemología social a propósito del testimonio experto	60
4. La prueba pericial y la justificación testimonial	68
4.1. Sobre la imparcialidad pericial	69
4.2. Modelos de acceso del conocimiento experto al proceso judicial	74
4.3. El proyecto: entre la deferencia y la educación	81

Capítulo 2: La científicidad y las pruebas periciales La experiencia estadounidense

1. La ciencia, la científicidad y la prueba pericial	85
1.1. El problema de la demarcación	89
1.1.1. Las dos versiones de un supuesto problema	91
1.2. Un aire de familia entre las ciencias	102
2. La experiencia estadounidense	107
2.1. La aceptación general de la comunidad científica	109
2.2. La científicidad de la prueba pericial	114
2.3. La Corte Suprema en el caso Daubert	117
3. Los factores Daubert	124
3.1. El sometimiento a prueba	126
3.2. Las publicaciones y la revisión por pares	132
3.3. El rango de error	135
3.4. La aceptación general de la comunidad científica	138
3.5. Un quinto factor	145
4. Post-Daubert: La trilogía.	147

4.1.	General Electric Company, et. Al., v. Joiner, et. Ux.	147
4.2.	Kumho Tire Co., Ltd., et. Al., v. Carmichael	154
5.	Y, ¿entonces?	158

**Capítulo 3:
El perito nombrado por las partes
Hacia un modelo educativo**

1.	El perito de parte y la concepción de las afirmaciones testimoniales (<i>Statement View of Testimony</i>)	165
1.1.	Nuevamente, ¿qué es un testimonio?	168
1.2.	El testimonio del perito de parte	173
1.3.	Sobre la justificación testimonial	179
1.4.	Sobre la información experta justificable mediante el testimonio del perito de parte	192
2.	La admisión de la prueba pericial de parte	198
2.1.	La admisibilidad considerando la información experta	204
2.2.	La admisibilidad según el juzgador de los hechos	209
2.3.	La admisibilidad tomando en cuenta el contexto en que se decide	220
2.4.	La admisibilidad atendiendo al perito	227
3.	La práctica de la prueba pericial de parte	230
3.1.	El principio de contradicción como herramienta cognoscitiva del juez	235
3.2.	Las razonabilidad del juez y las explicaciones del perito de parte en el principio de contradicción	240
4.	La valoración de la prueba pericial y la justificación testimonial	247
4.1.	La fiabilidad y el testimonio experto	250
5.	A manera de conclusión	260

**Capítulo 4:
Los peritos de confianza de los jueces
Hacia un modelo deferencialista**

1.	El perito de confianza del juez y las razones interpersonales	267
1.1.	El testimonio y las razones interpersonales	271
1.2.	Los peritos de confianza de los jueces	283
1.3.	El testimonio y el paternalismo epistémico en materia probatoria	290
2.	La confianza	297
2.1.	La actitud de confiar	300
2.2.	La confiabilidad	302
2.3.	La confiabilidad, el testimonio experto y el proceso judicial	308
3.	De la admisión y designación de los peritos de confianza de los jueces	312
3.1.	Autoridad teórica o epistémica	315
3.1.1.	Saber cómo y saber qué	320
3.2.	La falacia de autoridad	325
3.3.	Los aspectos motivacionales del perito	328
3.4.	Sobre los sistemas de designación pericial	335
4.	La práctica probatoria del perito de confianza del juez	341
4.1.	El principio de contradicción como garantía de defensa	343
4.2.	El (posible) careo entre peritos	348
5.	Sobre la valoración del testimonio pericial de confianza del juez	351
5.1.	Los estándares de prueba jurídicos y los estándares de prueba de las áreas de conocimiento	355

6. A manera de conclusión	360
Conclusiones	369
1. Dirigidas a la cultura jurídica en general	382
2. Dirigidas al legislador, de <i>lege ferenda</i>	384
3. Dirigidas a los jueces y tribunales	386
4. Para continuar trabajando...	388
Bibliografía citada	391
Anexo: Conclusiones (versión inglesa)	423

Agradecimientos

La tesis doctoral ha sido un largo camino de varios años que no hubiese podido andar sin el soporte humano, afectivo, técnico y, por supuesto, cognitivo de muchas personas que han estado de alguna manera conmigo.

De sus testimonios expertos y en diversos ámbitos de discusión he aprendido mucho de Ron Allen y Michel Pardo, a quienes agradezco toda su atención a mis dudas. Una mención muy especial merecen Susan Haack, Larry Laudan y Michele Taruffo, tres de mis grandes maestros en el fascinante mundo de la epistemología jurídica, y quienes también me han mostrado las virtudes de la humildad intelectual y la sencillez humana.

He tenido la gran suerte de hacer la tesis en un buen grupo de investigación. Mi agradecimiento a mis colegas y amigos con los que en algún momento he coincidido en un espacio en el que se piensa y se discute genuinamente el derecho, el grupo de filosofía del derecho de la Universitat de Girona: Maribel Narváez, Giovanni Ratti, Diego Papayannis, Rocío López, Nicola Mufatto, Arturo Bárcena, Jonatan Valenzuela, Adrian Sgarbi, Janaina Matida, Gonzalo Seijas, Marcela Chahuan, Sebastián Figueroa, Pedro Haddad, Pablo Rapetti, Jorge Sendra, Carolina Fernández, Matias Parmigiani, Andrej Kristan y Marcela Araya.

También agradezco a otros colegas y amigos con los que he discutido algún punto de la tesis: Antonio Mortera, Amelia Gascón, Lorena Ramírez, Laura Roth, Rachel Herdy, Vitor de Paula Ramos, Max Aramburo, Raymundo Gama, Susana Pozzolo y, especialmente, Daniel González Lagier. Todos ellos con intención y sin ella han contribuido sustantivamente al desarrollo y mejora de mi trabajo.

Cuando decidí cruzar el Atlántico recibí todo el apoyo institucional de la Universidad Autónoma de Nayarit, una universidad mexicana relativamente

pequeña en el noroeste de mi país en la que me licencié y a la que siempre he identificado como “mi universidad”, dado que me unen a ella lazos sentimentales que van más allá de cualquier nexo contractual. Pero una institución no es nada sin los individuos que la conforman, a tres personas ahí debo un agradecimiento personal: Daniel Maldonado, Salvador Madrigal y, sobre todo, a Jorge Ignacio Peña. Nacho, muchas gracias por siempre estar conmigo.

Hablando de instituciones y sus individuos, por supuesto, debo agradecer a la Universitat de Girona, que en los últimos años se ha convertido en mi casa. Y de forma individual a Pere Bárcenas, Marisa Planellas, Marta Clusells, Xavier Pinsach, Laura Masdevall y Àngels Lara, que siempre han hecho parecer más fácil de lo que realmente es el trabajo administrativo que subyace al quehacer académico.

A mi pedacito de México en Girona, Elisa Vázquez quien, dedicándose a los problemas más complejos de la ingeniera industrial, siempre logró soportar con muy buen talante mis arranques “tesísticos” (y algunas veces incluso a compartirlos).

A toda mi gran familia. A mis pequeños grandes hermanos, Martha y Chuy, de quienes ha sido especialmente difícil estar lejos, pero quienes me han acompañado en cada uno de mis pasos. A mis padres, con toda mi admiración y agradecimiento de por vida, particularmente por todo ese esfuerzo emocional que les ha supuesto la distancia. A mi bisabuela Esperanza, mi eterna enamorada, quien sin comprender “para qué estudio tanto” se desvive dándome su bendición sea lo que sea que haga. A mis tíos quienes siempre han sido mi ejemplo de lucha tenaz. *I, per descomptat, a la meva família política, en la que he trobat un arrelament amb aroma de llar a un país petit que no era el meu.* Con un énfasis más que ganado a dos de mis grandotas fuentes de cariño, Laia y Anna, quienes no sólo terminaron por acostumbrarse, quizá tanto como yo, a que al menos una de las actividades del fin de semana era *la - t e s i s*,

sino que incluso me han ayudado con el importante trabajo de revisar que la bibliografía citada esté completa.

Y en todas las categorías que he nombrado, colegas, amigos, familiares y, desde luego, maestros ha tenido un rol no sólo sumamente especial sino determinante, Jordi Ferrer Beltrán. Ha sido el director de esta tesis, un director excepcional que siempre buscó el tiempo para discutir mis ideas cuando lo necesité y las palabras más adecuadas para señalar mis errores teóricos o metodológicos en debates a veces extenuantes pero siempre riquísimos. Las palabras no alcanzan para agradecerle todo lo que ha hecho en cada una de las categorías que conforma en mi vida, espero que mis acciones algún día lo logren. Y ha sido también mi compañero, que ha aguantado todas mis quejas hacia su *alter ego*, el director de tesis, y ha frenado mis múltiples intentos de abandono de ésta carrera de fondo. Gracias por ser la persona con quien comparto una vida maravillosa. *T'estimo molt.*

Resumen

El conocimiento experto entra al proceso como prueba de los hechos mediante el testimonio de un tercero. Por ello, desde el punto de vista epistemológico, la prueba pericial es un testimonio y, como tal, deben ser abordados los problemas de la justificación de la información así adquirida para la toma de decisión fáctica por parte de los jueces. A partir de estas premisas, se construyen dos modelos normativos de prueba pericial atendiendo a si se trata de una pericial de parte o de un perito de confianza del juez, basados en dos concepciones diversas de la epistemología del testimonio que dan cuenta de las peculiaridades de cada modelo.

Abstract

Expert knowledge comes into to the trial as evidence through testimony. In that sense, from an epistemological point of view, expert evidence is a testimonial instance; and the information obtained from that source by a fact finder for her verdict handle specific problems around its justification. Assuming that, the aim is to construct two normative models of expert evidence considering the differences between the expert who is selected by a party and the called official expert. The models are found in different testimony-based-justification theories that realize the whole particularities of the different kinds of two experts.

Resum

El coneixement expert entra al procés com a prova dels fets mitjançant el testimoni d'un tercer. Per això, des del punt de vista epistemològic, la prova pericial és un testimoni i, com a tal, han de ser abordats els problemes de la justificació de la informació així adquirida en la presa de decisions fàctiques per part dels jutges. Amb aquestes premisses, es construeixen dos models normatius de prova pericial, en funció de si es tracta d'una prova pericial de part o d'un pèrit de confiança del jutge, basats en dues concepcions diverses de l'epistemologia del testimoni que donen compte de les peculiaritats de cada model.

Metodología

La tesis se desarrolla en el marco metodológico de la filosofía analítica del derecho, aplicada a una categoría del derecho positivo, como la prueba pericial. Para ello, se han importado análisis propios de la epistemología general, especialmente de la denominada epistemología social, así como del debate sobre la adquisición de conocimiento testimonial. También se ha recurrido en muchas ocasiones a estrategias metodológicas propias del análisis conceptual, suponiendo que clarificar las nociones que se usan en la discusión sobre la prueba pericial no sólo permite identificar los problemas y desmitificar falsos dilemas y/o pseudoproblemas, sino que también permite el planteamiento de soluciones más adecuadas.

También se trata de una tesis que ha empleado técnicas de derecho comparado para identificar las diferencias y similitudes entre sistemas pertenecientes a diferentes familias jurídicas. Ello ha permitido hacer un análisis más adecuado sobre los trasplantes jurídicos que de la práctica de la prueba pericial en otras latitudes se ha hecho a, por ejemplo, sistemas de derecho romano-germánico.

Discusión

Los temas discutidos giran en torno al binomio testimonio experto y la prueba pericial. En líneas generales se han discutido aquellas posiciones dogmáticas que pretenden dar cuenta de la científicidad del conocimiento o de la *expertise* sin un análisis epistemológico de sus fundamentos. También se ha discutido la perspectiva de una epistemología individualista subyacente en el abordaje de la prueba pericial en los sistemas jurídicos en general, proponiendo en cambio una epistemología social que nos permita incorporar todos los beneficios de la división del trabajo cognitivo.

Resultados

Además de los resultados delineados a modo de conclusión en el apartado respectivo, vale la pena enfatizar que los dos modelos normativos sugeridos sobre la prueba pericial de parte y la prueba pericial desarrollada por un perito de confianza del juez darían pie a una fructífera colaboración entre el sistema de justicia y las diversas comunidades expertas, además de permitir dar cuenta de otras instituciones jurídicas como el derecho a la prueba y todos sus elementos, permitiendo además un mejor control intersubjetivo de las decisiones judiciales fundamentadas con conocimiento experto.

Introducción

Este es un trabajo sobre la prueba pericial, que adopta una perspectiva epistemológica y iusfilosófica. La prueba pericial es un tipo de lo que en epistemología se llama testimonio, por ello, desde el punto de vista epistémico la prueba pericial es un testimonio. Sin embargo, es necesario precisar un poco más para poder desarrollar una concepción de la justificación del conocimiento adquirido testimonialmente a través de la prueba pericial. Así, en efecto, dadas las sustanciales diferencias entre la prueba pericial ofrecida por las partes y la prueba realizada por un perito oficial, deberemos acudir a categorías diferentes de la justificación testimonial en cada una de ellas.

De forma general, la prueba pericial es un testimonio porque el juez obtiene información experta que usará para su toma de decisión sobre los hechos mediante el acto de habla de un tercero. Por ello, la justificación de las creencias o el conocimiento así obtenido enfrenta problemas diversos a la justificación de aquellas creencias o a aquel conocimiento obtenidos de primera mano.

Desde luego una cuestión fundamental es la *expertise*, pericia o conocimiento del experto o perito en tanto que fuente de información, pues en el contexto jurídico-procesal ésta permitiría diferenciar entre una prueba testimonial y una prueba pericial. Pareciera que uno de los puntos clave de la distinción es precisamente cierto conocimiento de primera mano sobre determinados hechos relevantes para el caso en cuestión, sin embargo, un análisis más profundo sobre la propia noción de “hecho” desvanece las líneas de una clara demarcación. Ahora bien, más allá de la *expertise* el punto central es la justificación de las creencias obtenidas testimonialmente; una situación que no es privativa del ámbito jurídico y/o de la falta de conocimientos de los juzgadores de los hechos, pues en nuestras sociedades actuales la regla es más bien la división del trabajo cognitivo entre los diversos sujetos que la conforman.

En este trabajo se hace uso de las herramientas conceptuales que ofrece la epistemología general y la epistemología del testimonio en particular. Aunque, desde luego, esto deberá integrarse también con una concepción de la institución probatoria que permita plantear adecuadamente los problemas más relevantes de la prueba pericial y valorar la capacidad o idoneidad del sistema para relacionarse con este tipo de elementos de juicio.¹

Así pues, el trabajo consta de dos grandes partes. La primera, de corte más descriptivo, versa sobre algunos aspectos centrales de los sistemas de derecho romano-germánico y ofrece una reconstrucción de la experiencia estadounidense. La segunda parte, en cambio, es fundamentalmente un proyecto normativo, al menos en sentido epistémico, en el que se construyen dos modelos de prueba pericial fundamentados en concepciones diversas sobre la justificación testimonial dada las diferencias epistemológicamente relevantes entre un perito nombrado por el juez y un perito de las partes.

Precisamente a estos dos modelos hace referencia el subtítulo de esta tesis: entre la deferencia y la educación, rememorando un célebre trabajo de Allen y Miller (1993)² en el que concebían dos modelos sustantivamente distintos de las pruebas periciales de parte estadounidenses. Sin embargo, creo que Allen y Miller cometieron un error, explicable tal vez por la práctica adversarial del proceso civil estadounidense, al no considerar las pruebas periciales ofrecidas por un perito nombrado por el juez y, quizá por ello, descartar cualquier posibilidad de deferencia racional hacia el experto.³

¹ Se trata, pues, de un trabajo de epistemología jurídica. Por ello, dejaré de lado otras importantes cuestiones como los aspectos económicos del uso de la prueba pericial en nuestros sistemas jurídicos, tanto respecto del mercado que pueda suponer para los peritos, como de las posibilidades de acceso para las partes, especialmente para aquellos más desfavorecidos.

² Aunque se observarán diferencias relevantes entre el proyecto que aquí se presenta y el análisis desarrollado por Allen y Miller.

³ Desde ahora debo decir que no me estoy refiriendo a los casos en que el juzgador de los hechos acepta *at face value* todo lo que el perito afirma (Roberts y Zuckerman, 2000: 294). sino a una operación más compleja que pasa por tener razones para confiar en el experto.

Todas estas cuestiones deben de ser consideradas a la hora de responder a una pregunta del tipo: ¿cuál sería un buen diseño normativo en el marco de una teoría racional de la prueba para la prueba pericial? Esta pregunta es, en realidad, el hilo conductor de la tesis y su respuesta no tiene como único objetivo hacer una propuesta de *lege ferenda*,⁴ ni sólo una interpretación de las normas existentes, sino plantear cómo encajarían los distintos tipos de prueba pericial en una concepción más amplia de la administración de justicia que asuma la división del trabajo cognitivo. Para ello la estructura de los capítulos está organizada de la siguiente manera:

El primer capítulo, subtulado “del género a la especie”, trata precisamente tanto de los problemas generales que plantea la prueba pericial, al igual que cualquier otro tipo de pruebas, como de los problemas específicos sobre la justificación de la información obtenida en una instancia testimonial, propios de la prueba pericial. Concretamente, sobre la justificación de la decisión probatoria basada en la prueba pericial se aborda la neutralidad del perito como uno de los criterios ampliamente sugeridos para ello.

En cambio, creo que antes de sugerir cualquier criterio o listado de criterios para la valoración de las pruebas periciales, vale la pena centrarse primero en las diferencias en la entrada en el proceso judicial de información proveniente de un perito. En este sentido, el perito de parte ha sido no sólo elegido por las partes sino instruido respecto de cuál es el problema a abordar y las operaciones periciales que realice no son susceptibles de controles procesales; en cambio, en el caso del perito nombrado por el juez, no sólo hay que destacar el modo de selección de quien ofrece la información, sino también que es el juez quien plantea las necesidades epistémicas del caso y que, en este

⁴ Como sí lo hacen, por ejemplo, Hazard, Taruffo, et. al. (2001), cuando plantean tres opciones sobre el testimonio pericial: el perito de parte, el perito del juez y un perito-asesor que no haga operaciones periciales sino que ayude al juez a comprender el caso y/o las prueba, correspondientes. Los autores, en cambio, no señalan diferencias epistémicas relevantes entre los tres modelos ahí sugeridos.

tipo de prueba, sí es posible controlar las operaciones procesales que el experto lleve a cabo para ofrecer una respuesta a la información solicitada.

En el segundo capítulo se aborda la experiencia estadounidense mediante la reconstrucción de cuatro casos que constituyen un hito en el tratamiento de la prueba pericial. Las decisiones jurisprudenciales en *Frye*, *Daubert*, *Joiner* y *Kumho* no sólo han impactado en la práctica de los tribunales de Estados Unidos y sus estudiosos sino prácticamente en todos los sistemas jurídicos de occidente, muy especialmente los criterios planteados por la Corte Suprema en la resolución del caso *Daubert*.

La discusión fundamental de este segundo capítulo se centra en una crítica a la cientificidad de las pruebas como coextensión de su fiabilidad, lo que parece estar muy boga actualmente en el análisis de la prueba pericial en nuestros países. El criterio de la cientificidad nos conduce irremediablemente al problema de la demarcación entre lo que es científico y lo que no lo es, discutido por muchos años en la filosofía de la ciencia y abandonado como un pseudoblema, sobre todo por la gran heterogeneidad epistémica de todo aquello que conforma la empresa científica.

En este punto, como parte del contexto de descubrimiento de esta tesis, debo decir que el curso del trabajo ha seguido una dirección que va de la prueba científica a la prueba pericial. En efecto, inicié el trabajo pretendiendo distinguir las pruebas periciales de las pruebas científicas hasta que la epistemología y la filosofía de la ciencia me llevaron a constatar que la vía más fructífera era abocarme a los problemas sobre la justificación del conocimiento adquirido a través de testimonios expertos antes que a trazar límites espurios en el mar de la investigación empírica.

Teniendo, entonces, como objeto de análisis el conocimiento experto en general, los siguientes dos capítulos se plantean partiendo de la etapa de admisión probatoria. Cuando se trata de un perito de parte, es necesario

establecer algunos controles jurídicos a efectos de limitar a las partes en su genuino y legítimo interés por ganar un proceso judicial; y, en cambio, cuando se trata de un perito nombrado por el juez, es necesario darle a éste herramientas adecuadas para que elija al perito teniendo razones para creer en su testimonio.

Con este esquema general en mente, en el tercer capítulo se aborda específicamente el peritaje de parte en un modelo educativo, donde se plantea una práctica sobre la prueba pericial en la que el perito debe informar al juez. Se presupone para ello una concepción lackeyana de la justificación testimonial, en la que el juez debe tener razones positivas para creer en las afirmaciones que le son presentadas y, por ello, su papel activo en la práctica en contradicción del informe pericial admitido será determinante para obtener más información sobre la calidad de tales afirmaciones. Entre tal información cabe especial mención al grado de fiabilidad de los mecanismos no-agenciales supuestamente empleados por el perito.

El cuarto capítulo constituye un modelo deferencialista en el marco de una concepción que sostiene que el testimonio aporta razones interpersonales para creer. Bajo esta concepción, el perito no puede ser nombrado a través de sistemas que dejan a la suerte una cuestión tan fundamental como quién aportará el conocimiento experto requerido para el caso. El juez deberá confiar en el perito que es confiable para realizar las operaciones periciales conducentes a la verdad sobre p . Y, en este sentido, dado el rol inicial del juzgador, se enfatiza el control que las partes deben ejercer en la práctica en contradicción de las pruebas así conformadas. Finalmente, en sede de valoración de la prueba, el juez deberá decidir si defiere o no en el perito respecto del conocimiento experto presentado por éste. Esta decisión deberá fundamentarse en aspectos que han sido relevantes para la designación del propio perito y en otros que se han desarrollado durante la práctica de la prueba.

En definitiva, entiendo que un análisis como el que se presenta en los capítulos tercero y cuarto permitirá fundamentar una mejor comprensión de la prueba pericial, de parte y de oficio, y ofrecer un diseño de las etapas de admisión, práctica y valoración de este tipo de pruebas que resulte compatible con el carácter testimonial de las mismas y pueda justificar la adquisición de conocimiento testimonial por parte del juez.

Capítulo 1:

La prueba, la prueba pericial y el testimonio

Del género a la especie

1. La prueba pericial

Actualmente las sociedades operan de forma ordinaria presuponiendo información especializada de muy diversos tipos; así nos transportamos de un lugar a otro en aviones, nos sometemos a cada vez más complejas (aunque quizá tecnológicamente más fáciles) intervenciones médicas, acudimos a muy diversos métodos de procreación (a la llamada maternidad subrogada⁵ o a la fecundación *postmortem*), se analizan diversas posibilidades de cura de enfermedades a través de terapias génicas, se consumen alimentos transgénicos, se utilizan diversos tipos de energías, se plantea la posibilidad de viajes turísticos al espacio, etc. En todo este amplio contexto, dado el rol de dicha información en las múltiples actividades de las sociedades, en el derecho se afrontan algunos nuevos problemas mientras otros antiguos problemas se replantean.

En el contexto procesal, esta situación también se ha traducido en un aumento de las controversias judiciales que tienen origen en dicha información o alguna relación con ella.⁶ Los casos van desde los daños por el empleo de sustancias tóxicas o el consumo de ciertos fármacos, el ahora cotidiano análisis de ADN, el uso de ciertos aparatos tecnológicos como los detectores de mentiras o los detectores moleculares, la diversidad de dictámenes psicológicos, la

⁵ Por ejemplo, con todos los desarrollos de la ingeniería genética en la separación de los componentes de la procreación y la maternidad, es perfectamente posible que un niño pueda potencialmente tener hasta cinco “padres”: el padre y la madre que figuran jurídicamente como tales, la madre genética que es la donadora del óvulo, la madre subrogada que facilitó el útero en que se desarrolló el embrión y el padre genético que donó el esperma.

⁶ Pensemos, como un buen ejemplo de esto, en las prácticas científicas que se encuentran reguladas por el derecho. Como el título del código penal español denominado “Delitos relativos a la manipulación genética”; entre cuyos artículos, el 169 numeral 1 reza: “Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.”

responsabilidad médica o la *malpraxis* y un muy largo etcétera. Así, en dicho contexto ahora parece bastante común, y muchas veces necesario, que las partes del juicio con el fin de probar sus afirmaciones presenten algún tipo de información especializada como elemento de prueba y/o que el juzgador haga uso de ésta para determinar los hechos o, incluso, para valorar otros elementos probatorios.⁷ Hoy en día, pues, parece haber un fuerte incremento en el uso del conocimiento experto como elemento de prueba judicial y, a su vez, un creciente interés por parte de los estudios del derecho probatorio en este tipo de pruebas,⁸ fundamentalmente en aquellas a las que se les atribuye carácter científico.

La prueba pericial,⁹ ya sea de parte o del juez, mediante la que se introduce el conocimiento experto al proceso, plantea muy diversos problemas susceptibles

⁷ Los cambios que han ocurrido, digamos, en la sustancia de este tipo de pruebas parecen estar relacionados con la complejidad de las inferencias implicadas en el razonamiento experto. Actualmente, no sólo se permite sino que se espera de los expertos mayores niveles de inferencia. Así, por ejemplo, nos dice Dwyer (2007: 101), en el derecho inglés del siglo XVI:

... las cuestiones de especialización eran, ¿qué significa esta palabra de una lengua extranjera?, por lo que los expertos eran básicamente lingüistas. Mientras en el siglo XVII, se añadieron dos tipos de preguntas: ¿cuál cree el experto que es la naturaleza de las cosas? (por ejemplo, la duración de la gestación), y ¿cuál es la práctica de los expertos? (como el uso de medidas estándares). Después, desde 1730 se ven casos en los que se pide a cirujanos, farmacéuticos o médicos apliquen su conocimiento a individuos y no sólo se limiten a describir el estado del arte de la cuestión.

⁸ Un interesante ejemplo es *The Innocence Project*, un proyecto dirigido por la *Cardozo Law School* cuyo objetivo era hacer todo lo posible por demostrar, básicamente mediante prueba de ADN, la inocencia de 245 personas que habían sido erróneamente condenadas, entre ellos 13 sentenciados a muerte.

⁹ Según Dwyer (2007: 96), al menos en el contexto Inglés, hasta 1790 no hubo un término jurídico para lo que actualmente se conoce como “*expert witness*”. Aunque, al parecer, antes de la regulación de la “*expert opinion*” en la segunda mitad del siglo XVIII, diversos profesionales y disciplinas eran presentados con el objetivo de contar con cierta “asesoría especializada” (depende del periodo histórico, bien como asesores de los tribunales, como asesores de las partes o como “jurados especiales” [*special jury*].) El considerado como primer caso (documentado) en que se discute la admisibilidad de “*expert evidence*” es *Folkes v. Chadd* de 1782; según Thayer su importancia radica en la presentación del testimonio del experto directamente ante el jurado.

Respecto a los sistemas de derecho continental, Dwyer, citando la tesis doctoral de Olivier Leclerc, “*Le Judge et l’Expert: contribution à l’étude des rapports entre le droit et la science*”, afirma que en Francia, por ejemplo, “*expert*” no fue usado como un sustantivo jurídico hasta finales del siglo XVIII; y, como adjetivo hacía referencia a una persona con ciertas habilidades prácticas y no a un tipo de conocimiento especial.

En España, por ejemplo, Miguel y Alonso (1972: 67 y 68), afirma que en las Partidas del rey Alfonso X el Sabio (1265), “aparece la figura del perito con una cierta directriz científica” para “llega[r] a la convicción de la autenticidad del documento mediante la opinión de buenos *omes* e *sabedores*”. Posteriormente, la Ley de enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio

de intensas discusiones: quién es el experto que puede actuar como perito; el rol del perito y la actividad del juzgador frente a éste; el tipo de juzgador adecuado para valorar el conocimiento experto; los criterios jurídicos implicados en la admisión, la práctica y la valoración de dicha información; múltiples cuestiones propias de las muy distintas áreas de conocimiento y su impacto para la prueba jurídica; los costos económicos de esta práctica probatoria y las posibilidades en este sentido para las partes del juicio o incluso la asignación de recursos estatales para ello, etc.

Estos temas, además, están estrechamente relacionados con cuestiones más generales del proceso judicial o de la institución probatoria, independientes de la prueba pericial en concreto. Pensemos, por ejemplo, el criterio de relevancia aplicable a todo elemento de juicio para su admisión, la práctica probatoria bajo determinados principios procesales o en el nivel de suficiencia exigido para dar por probada una hipótesis

Pues bien, a efectos de ubicar y analizar las muy diversas cuestiones que plantea la prueba pericial, considero muy útil empezar separando los términos “prueba” y “pericial”. Algunos de los problemas a abordar son “heredados” del género a la especie, i.e., problemas de la institución probatoria que se ven reflejados (muchas veces de forma más evidente) en la práctica de éste tipo concreto de elementos de prueba; y, en cambio, otros son propios del uso de información especializada brindada por un tercero en el contexto procesal.

En consecuencia, este capítulo estará estructurado en cuatro partes. La primera de ellas tendrá como objetivo plantear el marco general de la prueba en el derecho, sentando las premisas a partir de las que se analizará la prueba pericial como especie de dicho género; además de un análisis sobre los elementos que constituyen la *expertise* o pericia de un experto. En una segunda parte se plantea, en términos generales, el carácter testimonial de la

de 1830, hablaría únicamente del *juicio de expertos* que podrá tener lugar sobre puntos de hecho, hasta llegar a la ley de enjuiciamiento civil de 1855, cuya comisión codificadora reguló el *juicio de peritos*.

prueba pericial y los problemas epistemológicos que surgen a partir de ello para la justificación de las creencias o el conocimiento adquirido mediante un perito. Posteriormente, en una tercera parte se delimitarán algunos aspectos epistemológicos relevantes que subyacen en este trabajo, necesarios para comprender los planteamientos de los problemas que se abordaran en el resto de los capítulos que están por venir. Finalmente, en una cuarta parte, se bosquejará el proyecto concreto que pretendo desarrollar, identificando distintos elementos que están presentes en dos formas distintas de allegarse de conocimiento experto, i.e., el perito de parte y el perito del juez.

1.1. La prueba en el derecho

El término prueba es ambiguo. Con él podemos hacer referencia a los elementos de juicio, a la práctica probatoria y al resultado probatorio. En este sentido, es posible también clasificar las normas que conforman el derecho probatorio de un sistema jurídico atendiendo al objeto que regula, reglas sobre los medios de pruebas, reglas que regulan la práctica de las pruebas admitidas y reglas sobre el resultado de las pruebas admitidas y prácticas. E incluso tal distinción sirve también para referir a los diversos elementos que conforman un derecho prácticamente reconocido explícita o implícitamente en todas las constituciones de los Estados democráticos actuales: el derecho a la prueba. Así, en términos generales, diríamos que éste exigiría:

- a. La admisión de todos los elementos de prueba relevantes para demostrar la verdad de las afirmaciones sobre los hechos
- b. La práctica efectiva de los elementos de prueba admitidos, pues de poco o nada serviría que se admitan si luego no serán de alguna manera escuchados
- c. Y, finalmente, que los elementos admitidos y practicados sean valorados racionalmente por el juzgador en cuestión.¹⁰

¹⁰ La valoración racional no es concebida o admitida generalmente por la doctrina como parte del derecho a la prueba. Sin embargo, como afirma Ferrer (2007: 56) los otros elementos del derecho a la prueba devienen inútiles si no están acompañados de este corolario.

Por supuesto, cada uno de los incisos anteriores conlleva una serie de amplias cuestiones a analizar de forma más concreta según sus implicaciones para la prueba pericial.¹¹ Por ahora, a efectos de bosquejar los problemas más generales que como especie sufre la prueba pericial, me interesa sólo hacer algunas puntualizaciones sobre la prueba para el adecuado entendimiento de los problemas de la pericial.

En la admisión de la prueba, según Ferrer (2007: 42) encontramos una de las peculiaridades jurídicas más importantes de la institución probatoria, que se resume en la máxima *quid non est in actis non est in mundo*. Esto es, para la determinación de los hechos, sólo se tomará en cuenta el “subconjunto” de pruebas relevantes admitidas y practicadas en el juicio. Por lo que la admisión de los elementos de prueba es determinante para el resultado probatorio.

El criterio básico a considerar para que determinada información forme parte de los elementos de prueba que *pueden* probar una proposición fáctica es la relevancia.¹² Para la definición de la relevancia, me parece oportuno acudir a Stephen (1876: ix):

un hecho es relevante para otro hecho cuando se puede demostrar que la existencia de uno es la causa o una de las causas, el efecto o uno de los efectos, de la existencia del otro, o cuando la existencia de uno, ya sea por sí solo o con otros hechos, hace más probable o improbable la existencia del otro, *de acuerdo al común devenir de los eventos*.

¹¹ Aspectos que, por supuesto, serán debidamente tratadas en los capítulos 3 y 4 en función del modelo de pericial en comento.

¹² En algunos ordenamientos se utiliza el término “pertinencia” en lugar de, o junto a, el de “relevancia”; se pueden identificar al menos tres grandes grupos de criterios de interpretación respecto a sus diferencias: a) Son sinónimos; b) La pertinencia incluye, entre otros, a la relevancia; y, c) la pertinencia es un criterio independiente y posterior a la relevancia. Los tres tienen en común, aunque de distintos modos, la vinculación de la pertinencia con la relevancia.

Subrayo este último punto porque da pauta para diferenciar la relevancia como una cuestión que depende del mundo y es, en ese sentido, *a posteriori*; y el juicio de relevancia como una decisión más bien *a priori*.¹³

El *juicio de relevancia* de una prueba es una decisión judicial que suele caracterizarse por ser individual, relacional, de todo-nada y dinámico. Es individual dado que se hace sobre cada uno de los diversos elementos de prueba; aunque, el hecho de que se deba valorar la admisibilidad de cada elemento ha dado pie a una postura atomista cuando, en cambio, la relevancia (o irrelevancia) de un ítem algunas veces podría resultar más clara en vinculación con el resto de pruebas, es decir, si se adopta una posición un tanto más holista.¹⁴ Ahora bien, una prueba no es relevante o irrelevante en sí misma, sino en función de su relación con los hechos a determinar, por tanto, es relacional.

En este contexto cobra importancia la distinción entre relevancia y otro de los conceptos que suele presentarse en la literatura sobre la prueba, sobretudo en el ámbito anglosajón: la *materialidad*. También conocida como relevancia jurídica, hecho constitutivo, hecho principal, supuesto de hecho, etc., que sirve para establecer qué hechos deberán ser determinados en la decisión. En este sentido, el término “materialidad” se aplica a las proposiciones formuladas por las partes y relacionadas con lo determinado previamente por el legislador en el derecho sustantivo; mientras “relevancia” se aplica a las pruebas que pueden ayudar a confirmar o refutar dichas proposiciones.

Retomando el juicio de relevancia, decimos que *a efectos procesales* es categórico dado que el resultado de calificar a una prueba como relevante o irrelevante sólo puede ser su admisión o su exclusión: si es relevante, *prima facie*, es admisible y, por el contrario, es inadmisibile si se considera

¹³ Un estupendo trabajo donde se analiza a profundidad la noción de relevancia es Muffato, 2012.

¹⁴ Al respecto, véase Haack (2008c). Sobre el atomismo y el holismo pero en la justificación probatorio puede verse Accatino, (2014).

irrelevante.¹⁵ Y, finalmente, es dinámico porque depende de las circunstancias concretas de cada caso existentes al momento de determinar la admisibilidad.

Si asumimos que el objetivo de la prueba es la averiguación de la verdad, desde el punto de vista epistemológico se ha defendido que el único criterio que debería regular esta etapa, e incluso servir como meta-principio para estructurar y/o evaluar las reglas sobre la prueba, es precisamente la relevancia (Laudan, 2006: 118 y ss.). Esto puede ser interpretado de dos maneras:

- a. epistemológicamente es *necesario* valorar la relevancia,
- o
- b. epistemológicamente *sólo* debe valorarse la relevancia.¹⁶

Depende de lo que se pretenda defender, los criterios de admisión deberían incluir a la relevancia o, una tesis mucho más fuerte, el criterio de admisión *sólo* debería ser la relevancia (Bentham, 1823; Laudan, 2006; entre otros). Aun cuando es bastante razonable el presupuesto de que se toman mejores decisiones en tanto se cuenta con más información relevante, esta idea puede ser matizada o estar limitada por cuestiones muy diferentes.

¹⁵ En este punto resulta muy oportuno acudir a Michael y Adler (1931: 99-104), quienes sugieren distinguir entre la cualidad de “ser probatorio” (“*probativity*”) y la calidad de “ser probatorio”. Una proposición es o no-es probatoria y, si lo es, entonces lo es en mayor o menor grado (lo que identifican como “fuerza probatoria”). La cualidad de ser probatorio es la relevancia: “una proposición es relevante con independencia de cuán lejana pueda estar en una serie de proposiciones probatorias; en ese caso, se puede hablar de una ‘proposición remotamente relevante’, donde ‘remoto’ califica a la proposición y no a su relevancia”.

Anderson, Schum y Twining (2005: 63) usan la expresión “relevancia indirecta” (*indirectly relevant*). Un caso claro de esta posibilidad se da en las llamadas pruebas sobre la prueba, es decir, aquellos elementos de juicio que se presentan para fortalecer o acreditar la fiabilidad de otras pruebas claramente relevantes; por ejemplo, un testimonio sobre la credibilidad de un testigo presencial o una prueba pericial sobre la fiabilidad de un instrumento determinado, etc. Al respecto, véase Gáscon Inchausti, 1999

¹⁶ En este sentido, por ejemplo, Allen (2009: 199) argumenta que no se tienen pruebas empíricas de que la eliminación de todas las reglas de exclusión favorecería al aumento de la corrección en las determinaciones fácticas, a menos de que la política de exclusión propuesta claramente tenga más valor que costo. Vid. también, desde la epistemología general, Williamson (2000).

No es espacio para ahondar en tal discusión, me basta con afirmar que la relevancia de las pruebas influye directamente en la probabilidad de *acierto* de la decisión. Esto supone, previamente, aceptar una distinción planteada por Keynes (1920: 71) para la comparación cuantitativa de argumentos:

- a. el aumento de probabilidad de *acierto* en la decisión,
- y
- b. el aumento de la probabilidad de la *hipótesis* sobre los hechos a probar.

Según Keynes, el aumento de la información relevante puede conllevar que aumente la probabilidad de un argumento, pero también que disminuya o que quede inalterada; sin embargo, tanto si aumenta la probabilidad de la hipótesis como si disminuye o no se altera, pareciera que *algo* aumenta, pues se tiene una base más sólida para fundar la conclusión. Keynes adopta el término de “peso” para referirse a ese “algo”; sin embargo, para no introducir confusiones terminológicas con el denominado “peso probatorio”, me parece más oportuno acudir a Cohen (1986), quien desarrolla esta idea keynesiana diciendo que lo que aumenta al aportar más información relevante es el *grado de completitud probatoria* aportada por los elementos de prueba que fundan la decisión de la probabilidad de la hipótesis.¹⁷

Así pues, bajo este esquema tiene total sentido decir que algunas veces la admisión de pruebas relevantes puede disminuir la probabilidad de alguna hipótesis en particular pero siempre incrementará la completitud o riqueza del conjunto de elementos de prueba con el que se determinarán los hechos.¹⁸ Por ello, la admisión de pruebas relevantes supone un aumento de la probabilidad de *acierto* en la decisión.

¹⁷ Haack (1993: 82ss) tiene una noción muy similar, “*comprehensive*”, como elemento para saber cuán avalada está una hipótesis por las pruebas. Y se refiere a cuán inclusivas son las pruebas, es decir, cuántas de las pruebas relevantes tenemos. Una discusión al respecto en el ámbito jurídico puede verse en Haack (2013).

¹⁸ Esta es una de las críticas más fuertes al modelo de probabilidad bayesiana ya que no toma en cuenta la completitud del conjunto de pruebas, sólo mide la probabilidad de que una proposición sea verdadera (es decir, el grado de creencia en que lo sea).

Pues bien, aun cuando toda prueba admisible debe ser relevante, no toda prueba relevante es admisible jurídicamente, i.e., la relevancia es normalmente una condición necesaria pero no suficiente para la admisión de pruebas. En los sistemas jurídicos, se ofrecen muy diversos criterios para restringir la admisión de pruebas relevantes: los intereses de las partes y sus posibles estrategias para ganar el proceso, las limitaciones cognitivas (algunas generalmente presupuestas) del juzgador de los hechos, diversas preferencias de carácter político-moral en un sistema jurídico determinado en un momento dado¹⁹, cuestiones de mera técnica procesal o incluso el tiempo y los costos. Con independencia de la discusión sobre la eficacia de la exclusión probatoria como medio para alcanzar los objetivos que subyacen a tales reglas, frente a otras opciones como las sanciones civiles o administrativas, y de si el costo que suponen para la búsqueda de la verdad es mayor o menor que su beneficio para el valor en juego, en muchas ocasiones puede resultar muy difícil identificar cuál es la justificación de estas reglas.²⁰

Trazadas estas cuestiones generales sobre la admisión, uno de los escenarios que no puede obviarse, dado la importancia que tiene para la adecuada

¹⁹ Generalmente en los sistemas de tradición romano-germánica la preocupación por la exclusión de pruebas ha girado en torno a la licitud de éstas, limitándose la discusión a las pruebas ilícitas.

Normativamente, puede citarse como ejemplo de otras preocupaciones para la exclusión de pruebas el artículo 376 de la Ley 906 de 2004 de Colombia que establece que toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos: a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido; b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio; y, c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

²⁰ Un buen ejemplo de ello es la exclusión de pruebas que han sido descubiertas por la policía en cateos sin mediar una orden judicial previa (o habiéndola, no autorizaba la acción por la que se descubrió tal prueba). La justificación de dicha exclusión se ha basado, al menos, en tres argumentos:

- a. Considerar que es parte fundamental del derecho a la privacidad;
- b. Sostener que es conveniente para la prevención de futuros actos de tal naturaleza por los agentes estatales; y
- c. Afirmar que es indispensable para salvaguardar la integridad de la policía y los tribunales del Estado.

Si bien estos planteamientos han sido esbozados por la Corte Suprema estadounidense al interpretar la Cuarta Enmienda Constitucional, principalmente en el caso *Mapp v. Ohio*, es teóricamente aplicable en cualquier sistema. Carrió (2007), por ejemplo, lo sostiene para el derecho argentino.

Por otro lado, para un tratamiento muy exhaustivo e interesante sobre la exclusión de prueba por mandato constitucional en Estados Unidos, véase a Tomkovicz, 2011; sobre la exclusión que se toma como ejemplo, véase principalmente el capítulo 1.

asimilación de la información experta, es la práctica en contradicción de las pruebas. Ahora bien, el principio del contradictorio debe verse no sólo como una garantía de las partes para cuestionar las pruebas que presenta su contraparte y para controlar *in itinere* el razonamiento probatorio del juez, sino también como una herramienta cognoscitiva para el propio juzgador. En la práctica de las pruebas el juez puede obtener más información sobre la información que le ha sido presentada inicialmente y con la cual puede tomar decisiones con mayor fundamento. Precisamente por ello es aquí donde cobra importancia el posible conocimiento experto del que pueda disponer el juez ya que éste le ayudaría a plantear preguntas pertinentes que pudieran desafiar las afirmaciones del perito.

Y una vez que se han admitido y practicado en contradicción los diversos elementos de prueba, sigue una de las etapas más complejas de la actividad del juzgador de los hechos, i.e., la valoración de cada una de las pruebas y de su conjunto. Para ello, como es bien sabido, los sistemas jurídicos han previsto dos posibilidades, o bien establecer *a priori* el valor probatorio de los medios de prueba, es decir, la valoración tasada; o la ausencia de dichos límites, dejando jurídicamente libre al juzgador para que valore la prueba. Dado que la prueba pericial suele estar dentro del sistema de libre valoración, dejaré de lado al sistema de valoración tasada y me concentraré en aquel.²¹

Desafortunadamente, bajo el sistema de la libre valoración de las pruebas se ha tendido a considerar que no es necesario indicar, por ejemplo, qué tipo de inferencias o qué tipo de pruebas justificarían la culpabilidad del acusado o la responsabilidad del demandado (Laudan, 2005: 106ss).

Ahora bien, se podría decir que, al menos teóricamente, parece ser un lugar común la afirmación de que nunca un conjunto de elementos de juicio por más

²¹ El ejemplo más clásico es el de la prueba documental. Ahora bien, habría que diferenciar entre aquellos casos en los que su ofrecimiento es una condición necesaria pero no suficiente para la resolución de un proceso judicial y, en cambio, en casos donde la mera presentación de un documento dado el valor señalado por la ley es suficiente para resolver el caso.

rico que sea permitirá tener certezas racionales sobre la verdad de la hipótesis, sino sólo otorgarle un mayor o menor grado de probabilidad. En este sentido, se ha llamado la atención sobre la necesidad de tener una regla de decisión que establezca el *grado* de confirmación necesario para que el juzgador de los hechos tenga por probada una hipótesis. Pues sólo así se garantiza que, por un lado, las partes sepan cuánta prueba deberán producir para alcanzar el nivel suficiente para demostrar 'P' o 'no-P' y, por otro, contar con un criterio que nos permita saber cuándo el juzgador se equivocó al declarar "está probado que P". Por ello, al citado derecho a la prueba también se debería incorporar que las partes conozcan con anticipación el *estándar de prueba* necesario para justificar una u otra decisión judicial.

Es necesario distinguir el estándar de prueba, como regla de decisión que establece el umbral necesario para decidir,²² de otras reglas probatorias con las que suele confundirse: la carga de la prueba (también conocida como carga de persuasión), que establece quién gana o pierde si no se alcanza el nivel de prueba suficiente establecido por el estándar; la carga de producción de pruebas, que establece quién debe ofrecer una u otra prueba, siendo indiferente respecto de la decisión final; y las reglas de prueba tasada, en las que el legislador establece a priori el peso probatorio de un elemento de prueba que debe ser valorado junto a otros para satisfacer el nivel de prueba requerido o bien hace las veces de regla de decisión, tornando innecesario contar con estándar alguno.

Imaginemos, por ejemplo, un caso de negligencia médica. La carga de la prueba (carga de persuasión) la tiene el demandante y será el estándar de prueba el que indique cuál es el grado de probabilidad de la hipótesis que debe alcanzarse para poder considerarla probada. El estándar de prueba indica el umbral mínimo necesario para declarar probada una hipótesis; la carga de la prueba establece, en cambio, quien pierde el proceso si ninguna de las

²² Otras reglas de decisión serían, por ejemplo, las presunciones, las ficciones, la llamada "*judicial notice*" estadounidense o los "hechos notorios" en los sistemas de derecho continental.

hipótesis en conflicto alcanza ese umbral. Por su parte, la carga de producción de la prueba depende del tipo de prueba que se trate: podría perfectamente tenerla el médico demandado (v.gr., aportar el expediente médico) o el paciente demandante (v.gr., aportar elementos de prueba que acrediten los daños supuestamente causados por la actuación médica). Otra cosa es determinar cuáles sean los efectos de incumplir la carga de producción de la prueba. Podrían ser disciplinarios (i.e., una sanción económica), pero también, en algunos casos, no cumplir con la carga de producción tiene como efecto sancionador perder el proceso, lo que facilita la confusión entre la carga que los anglosajones denominan de persuasión y la carga de producir la prueba. Es el caso, por ejemplo, de los procesos de determinación de la paternidad, en los que a menudo la legislación establece que si el demandado se niega a hacerse la prueba de ADN entonces se tendrá por supuesta la relación paterno-filial.

También por mandato constitucional en algunos sistemas jurídicos, y relacionado con el derecho a la prueba, encontramos la obligación del juzgador de justificar adecuadamente las razones por las cuales considera que la hipótesis que declara probada tiene el apoyo suficiente en los elementos de juicio que han sido admitidos y practicados para satisfacer el estándar de prueba exigido.²³ Si bien es cierto que la motivación de los aspectos probatorios es sólo una parte de la justificación de las decisiones judiciales, desafortunadamente, se suele hacer más énfasis en la justificación de las premisas normativas del razonamiento judicial que en las premisas fácticas, presuponiendo erróneamente que respecto de estas últimas la motivación se reduce a la explicación del íter mental del juzgador. Como se verá posteriormente, la concepción de la prueba que se presuponga será determinante de todos estos aspectos. Por ahora, una vez identificados los distintos sentidos del término prueba y, con ello, los elementos que integran el llamado derecho a la prueba, estamos en condiciones de pasar al análisis de

²³ No todos los sistemas jurídicos tienen este control de racionalidad y, en cambio, establecen otro tipo de controles previos a la decisión final con el objetivo de asegurar la averiguación de la verdad.

“pericial” para complementar, digamos, una primera aproximación al objeto de estudio de este trabajo.

1.2. La pericial: la *expertise* y el experto

Por lo que respecta a “pericial” y los términos que le suelen acompañar, “prueba de peritos”, “prueba por peritos”, “peritaje”, “informe pericial”, “reconocimiento pericial”, “dictamen pericial”, “informe pericial”, “pericia”, etc., más allá de las posibles diferencias técnico-jurídicas entre ellos, está implicado en todos ellos el ofrecimiento de información especializada que debería contribuir a la correcta toma de decisiones sobre los hechos en un proceso judicial. Esto, con independencia de si dicha información puede ser calificada de científica, artística, técnica o práctica.

En la mayoría de los sistemas jurídicos la forma de traer información experta al proceso es mediante un tercero ajeno a la causa dada su formación, su experiencia o sus conocimientos. Dado que la información proviene de otra persona, y no de un objeto o ser inanimado, las creencias, el conocimiento o la información obtenida por el juez a partir de lo que le es *dicho* por el perito serían indirectos, vicarios o *second-hand*.²⁴ En principio, pues, en términos sumamente generales, al hablar de “pericial” podemos diferenciar entre:

- a. El sujeto que brinda la información,
- y
- b. La información brindada por éste.

Así, tendríamos que *P le dice que x a J*, donde P es el perito, J es el juez y x representaría la conclusión resultante de las operaciones periciales respectivas y el razonamiento hecho por el experto. Tenemos, entonces, tres elementos de análisis, a saber, el perito, el juez y la información experta. Dejaré las

²⁴ Es por ello que la habilidad de engañar está siempre latente.

cuestiones sobre el juez para el siguiente epígrafe y, por ahora, me centraré en la información brindada por el experto.

El núcleo de la prueba pericial es, precisamente, la *información* que se pretende usar para la correcta determinación de la premisa fáctica. Por ello, una de las cuestiones fundamentales para abordar adecuadamente la prueba pericial es prestar mayor atención a dicha información y su calidad. Pero, ¿hasta qué punto la información o el conocimiento es independiente del sujeto que conoce?, ¿es el conocimiento experto *únicamente* un conjunto de proposiciones al que podríamos acceder con cierta independencia? En mi opinión la respuesta a estas preguntas no puede ser más que negativa.²⁵

El conocimiento experto no está conformado únicamente por un sistema de proposiciones teóricas y las relaciones lógicas entre éstas, sino que, asumiré, este no puede ser reconstruido sin sujeto cognoscente.²⁶ La *expertise* no es sólo poseer información correcta, sino tener la capacidad o disposición para utilizarla adecuadamente (Goldman, 2001: 91).²⁷ *Expertise* y experto son

²⁵ En filosofía de la ciencia al menos desde Kuhn (1962) se ha puesto en cuestión fuertemente si las pruebas sensoriales o las observaciones están cargadas de teoría (*theory laden*) y, por ello, si las cosas *son vistas* de forma diferente por observadores con recursos conceptuales distintos, con paradigmas diversos.

Recordemos que su concepción descansa fundamentalmente en su noción de paradigma, i.e. “conjunto de *supuestos compartidos* por una comunidad que guían su investigación normal”. Para Kuhn el modo usual en que opera la ciencia (“periodo normal”) se caracteriza porque los científicos pertenecientes a un ámbito del conocimiento comparten (implícita y explícitamente), en grados diversos, presupuestos de distintos tipos (teóricos, experimentales, metodológicos y otros), que les permiten *ir haciendo ciencia*. En estos periodos no se discuten estos fundamentos guía (o programáticos) de sus investigaciones, por lo que no se tiende a cambios *de* teoría, sino a cambios *en* la teoría. La ciencia normal es ciencia basada en un paradigma. Por el contrario, cuando por diversos motivos (sociales, económicos, políticos o ideológicos) se da un periodo de revolución, se presentan alternativas a esos fundamentos esenciales que suscitan cambios *de* teorías. Así, la ciencia revolucionaria es el paso de un paradigma a otro.

En opinión de Díez y Moulines (2008: 329), Kuhn intentó distinguir y precisar dos usos del término. Uno global que comprende todos los compromisos compartidos por un grupo científico, “la completa constelación de creencias, valores, técnicas y demás elementos compartidos por los miembros de la comunidad científica dada”. Y el otro, concreto, denota una “matriz disciplinar” que guía su investigación normal.

²⁶ Para hacer la analogía con la conocida epistemología sin sujeto cognoscente de Popper. Argumentaré, pues, un rechazo a una especie de proyecto “ontologista” de una descripción de las cosas *tal como son* con independencia del sistema conceptual del observador.

²⁷ Estoy de acuerdo con Goldman (2001: 91) en que “dado que el *background* y las habilidades informan y forman la percepción, no hay una distinción nítida entre la percepción y el conocimiento basado en la *expertise*”. Por ello, Goldman habla de expertos cognitivos o

nociones íntimamente relacionadas. Y aquí tiene cabida uno de los problemas filosóficos más tradicionales, la relación entre hechos, cognición y valores. Para explicitarlo en el ámbito de la prueba pericial, abordemos una distinción que explícita o implícitamente suele asumirse en el tema.

Al menos en alguna parte del *common law* se distingue o se ha distinguido entre hechos y opiniones;²⁸ siendo las pruebas periciales usualmente categorizadas como “*expert evidence of opinion*”.²⁹ Tapper (2010: 530), por ejemplo, considera que una opinión es cualquier inferencia que se haga a partir de los hechos que han sido percibidos; y, en este sentido, la prueba pericial sería una especie de excepción en un sistema jurídico que presupone que hacer inferencias sobre los hechos del caso es una función del juzgador de los hechos.³⁰ Se suele afirmar que tal excepción se funda en que al tratarse de información experta los juzgadores no tienen el conocimiento o las habilidades necesarias para hacer las inferencias adecuadas. Por ello, a diferencia de los peritos, se supone que los testigos deben únicamente afirmar aquello que hayan percibido por ellos mismos, sin realizar ninguna inferencia a partir de estos hechos. Sin embargo, ya desde Thayer (1898: 524) se ha dicho una y otra vez que, en algún sentido, todo testimonio sobre una cuestión de hecho es

intelectuales. En cambio me parece que exigir “la formación de creencias en respuestas verdaderas a nuevas preguntas que puedan ser formuladas en el área de conocimiento respectiva” deja fuera muchos casos de *expertise*. Por ejemplo, podría pensarse que un experto acepta como muy probable determinada hipótesis con independencia de sus creencias.²⁸ Esta distinción platónica presupone que son diferentes *capacidades* concernientes a esferas o dominios de *objetos* diferentes. Según Quesada (1998: 25) habría aquí una asimilación analógica del saber con la *percepción* de cosas u objetos, así “en el saber la mente está en una suerte de contacto directo con su objeto (inteligible). ... [R]esumiendo puede decirse que el saber es una aprehensión inteligible de las cosas análoga a la captación sensible.”

Ian Hacking (1975: 47) al respecto asevera que:

los filósofos de mentalidad empirista piensan que la visión es la reina de los sentidos y que su superioridad es parte de la naturaleza misma del hombre... ver con los ojos era percibir con la mente. Invertiendo los términos del diccionario, podríamos decir: las percepciones visuales son descriptas en términos de percepción mental... Percibir, por así decirlo, es tornar transparente el objeto... La percepción cartesiana es la remisión activa del objeto transparente a la mente.

²⁹ Según Dwyer (2008: 82 y 83), la distinción entre hechos y opinión en Inglaterra se acentuó con la obra de Gilbert “*The law of evidence*” basada en las distinciones planteadas por Locke (1690).

³⁰ Una razón más para rechazar opiniones como elemento de prueba es, según Tapper, que no se podría acusar de perjurio a un testigo que simplemente ha expresado su opinión.

opinion evidence; i.e., una conclusión formada a partir de un fenómeno y las impresiones mentales.³¹

La distinción entre hechos y opiniones no sólo está presente en el *common law*, Devis Echildia (1972: 53) afirma que “[a]l perito no se le pide que exponga cuáles son las opiniones científicas o técnicas de los principales expertos mundiales, sino cuál es su personal opinión; aquellas apenas pueden servirle para la opinión de ésta.” Más recientemente la literatura procesal española siguiendo a Montero Aroca ha distinguido entre dictámenes científicos objetivos y dictámenes científicos de opinión. En los primeros, la función del perito supuestamente sería “simplemente verificar la exactitud de alguna afirmación de hecho efectuada por la parte ... haciéndose ello por medio de lo que podríamos llamar un experimento que siendo objetivo sólo pueda dar un resultado”; los segundos, “se trata de apreciar o valorar un hecho o alguna circunstancia del mismo, lo que supone ineludiblemente la realización de un verdadero juicio” (Montero Aroca, 2007: 346).³²

Hay dos grandes cuestiones a comentar sobre la citada distinción, por un lado, el carácter *público* de los hechos y, por otro, la ambigüedad del término “hecho”.

Los hechos parecieran ontológicamente separados de las opiniones en tanto que los primeros forman parte del mundo externo mientras las segundas no sólo implicarían esta representación sino una interpretación subjetiva. Y, en este sentido, las opiniones serían en sí mismas susceptibles de error. Ahora bien, “[b]uena parte de nuestra visión del mundo depende de nuestro concepto de objetividad y de la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo”, como bien afirmó Searle (1995: 27). Así, según este mismo autor, es importante distinguir

³¹ Desde la epistemología general, Garbolino (1997: 3), afirma que “aquello que consideramos ‘hechos’ son opiniones que consideramos extremadamente probables”.

³² Esta distinción viene acompañada, además, de efectos en la valoración de estas pruebas pues, según Montero Aroca, en las periciales objetivas “el juez queda vinculado por la conclusión pericial... salvo que incurriese en una apreciación arbitraria”; y sólo en los peritajes de opinión hay espacio para una verdadera valoración judicial en la que el juez puede disentir de los resultados siempre que lo haga razonadamente.

un sentido epistémico y uno ontológico de la distinción objetivo-subjetivo o, en términos de González Lagier (2005: 25), conviene distinguir entre:

- a. La tesis de la objetividad ontológica: El mundo es independiente de sus observadores. Esto es, las cosas son como son, con independencia de lo que sabemos de ellas y de cómo las vemos.
- b. La tesis de la objetividad epistemológica: Por medio de los sentidos normalmente tenemos un acceso fiel a esa realidad.

La conjunción de ambas tesis nos llevaría, según González Lagier, a un *objetivísimo ingenuo* en el que se supone que los hechos son plenamente objetivos y los conocemos porque de alguna manera “impactan” en nuestra conciencia. Si las pruebas provenientes de la percepción son objetivas en este sentido, entonces, podrían proveer a las personas de aquello que necesitan para decidir por sí mismos, por ejemplo, qué hipótesis o teoría aceptar.³³ ¿Qué pasa cuando las percepciones o las pruebas provenientes de los sentidos presuponen conocimiento experto? Se supone que un experto puede identificar y trabajar con hechos que puede observar, precisamente, gracias a su *expertise* o que debido a ella puede reconocer ciertos hechos como relevantes y que el experto razona a partir de tales observaciones. En este punto, como advierte Haack (2007: 61):

[al] pensar en las pruebas provenientes de la percepción en la ciencia [por ejemplo], es natural hablar no de percepción sino de observación; y aquí –como cuando hablamos de la observaciones hechas por un detective o de un médico a su paciente que está ‘bajo observación’- la palabra conlleva una connotación de deliberación. La observación

³³ Un ejemplo al respecto podría ser el siguiente criterio jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México (tesis I.6o.P.3 K, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Julio de 2002, p. 1356), en el que, al hablar sobre la “doble función de la peritación”, dice: “su función tiene indispensablemente un doble aspecto: a) verificar hechos que requieren conocimientos técnicos, artísticos o científicos que escapan a la cultura común de la gente, sus causas y sus efectos; y, b) *suministrar reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada* de los peritos para formar la convicción del órgano jurisdiccional sobre tales hechos y para ilustrarlo con el fin de que los entienda mejor y pueda apreciarlos correctamente”.

científica es activa, selectiva; exige talento, habilidades y algunas veces entrenamiento o cierto *background*, así como paciencia y mirada aguda. Muchas veces es mediada por instrumentos.

En muchos casos se tiene que disponer y manipular las cosas para producir resultados perceptibles que sean informativos, lo que influye epistemológicamente de forma significativa en los resultados experimentales que se obtengan. En este sentido, se discute si lo observable es sólo aquello que se puede *directamente* ver, escuchar y sentir; por supuesto, suponiendo que es posible confiar en aquello que las observaciones describen si eso que se describe ha resultado de la experiencia perceptiva del observador. Bajo tal supuesto, lo único que un observador podría saber serían aquellas cosas que le impactan en sus sentidos.

Más allá de qué se identifique como prueba sensorial u observación, es necesario recalcar que las observaciones sensoriales no son siempre epistémicamente superiores a los datos producidos por un equipo experimental: muchos métodos producen pruebas no sensoriales, algunas pruebas son producidas mediante un proceso tan intrincado que es difícil saber si algo ha sido observado en sentido estricto e, incluso, es usual que se usen pruebas no sensoriales para evaluar datos sensoriales y corregir sus errores (Bogen, 2007). Esto, evidentemente, enfatiza la necesidad de contar con mayor información empírica no sólo sobre qué concretos instrumentos, aparatos, métodos, etc., son utilizados por un perito, sino sobre todo respecto cómo funcionan y cuán bien funcionan.³⁴

³⁴ Un estudio al respecto, concretamente sobre las llamadas ciencias forenses, en el contexto estadounidense puede verse en *National Research Council of the National Academies*. El análisis del estado actual de éstas expuso algunos graves problemas económicos, dada la precariedad de muchos laboratorios y el exceso de trabajo; políticos, precisamente por depender ampliamente del contexto procesal, operan como coextensión fundamentalmente de los fiscales; y, jurídicos, porque no cumplen con las exigencias impuestas por el sistema para la admisión de *expert evidence*. Aunado a serios déficits en sus propias prácticas, por ejemplo, la enorme divergencia entre los tipos de capacitación, certificación, controles de las metodologías y protocolos usados por los forenses; lo que parece poner en serias dudas su validez y fiabilidad. Véase un análisis muy interesante sobre este estudio y su relación con la teoría de la prueba en Pardo (2010).

Sea en la ciencia o en otras áreas de conocimiento o en la vida cotidiana, en esa relación entre hechos, cognición y valores es necesario desambiguar el término “hecho”, i.e., distinguir entre los hechos externos como acaecimientos empíricos, los hechos percibidos como impresiones causadas por estos en nuestros sentidos y los hechos interpretados como la descripción que se hace de los datos sensoriales (González Lagier, 2005: 26). Como parece obvio, existe entre los tres sentidos de “hecho” una interrelación; y es particularmente importante la interrelación entre los hechos percibidos y los hechos interpretados dado que se condicionan mutuamente. En palabras de González Lagier (2007: 28):

por un lado, las interpretaciones se basan en los datos sensoriales que recibimos de los hechos pero, por otro lado, nuestra red de conceptos, categorías, teorías, máximas de experiencia, recuerdos, etc. (que constituyen un trasfondo necesario para interpretar los hechos) dirigen de alguna manera nuestras percepciones y actúan como criterio de selección de los datos sensoriales que recibimos.

En el ámbito jurídico-probatorio el panorama se complica aún más pues, como bien señala Damaška (1998: 299) los hechos o eventos que son incluidos por las partes es una mezcla de cuestiones de estatus ontológico distinto y con un grado de accesibilidad cognitiva también distinto; algunos hechos existen como fenómeno natural mientras otros son producto de convenciones sociales de complejidad muy variada. Una prueba pericial puede consistir parcialmente en opiniones que el experto deriva de los hechos y otra parte consistir en hechos a los que el derecho les otorga consecuencias jurídicas que le han sido ofrecidos por no-expertos (Roberts y Zuckerman, 2004: 293). Finalmente, por cierto, es posible que algunas veces se busque en las ciencias respuestas a cuestiones

que están más allá de su ámbito como, por ejemplo, cuándo inicia la vida humana.³⁵

Ahora bien, cuando se destaca la interpretación que los agentes hacemos de los hechos externos no se está defendiendo, por ello, una posición escéptica o ampliamente subjetiva, sino que se comparten *socialmente* ciertos cánones de interpretación que permiten realizar descripciones inteligibles intersubjetivamente y no sólo experiencias personales. El conocimiento experto tiene, en este sentido, un aspecto social ineludible. Las generalizaciones usadas por el experto deben ser acordes a unos estándares de aceptabilidad racional a los que esa persona se adhiere.³⁶ Para explicar mejor ese punto quizá sea adecuado acudir a una distinción presentada por Schmitt (1994: 20) respecto a la afirmación “el conocimiento es social”. Y es que esto podría significar al menos tres cuestiones diferentes:

- a. El *objeto* del conocimiento es social, lo que constituye una tesis semántica sobre el contenido proposicional del conocimiento.
- b. Las *condiciones* del conocimiento son sociales, lo que conforma una tesis epistémica respecto al grado de respaldo requerido para que una hipótesis sea considerada conocimiento.
- c. Las causas del conocimiento son sociales o, en otras palabras, que el conocimiento es socialmente *causado*, que sería una tesis ontológica.

Es la cuestión epistémica la que más interesa aquí, es decir, la afirmación de que el grado de respaldo requerido está determinado por factores sociales (Schmitt, 1994: 24). Volveré sobre estas cuestiones más adelante. Por ahora me basta con concluir que la *expertise* se constituye tanto por la agencia del

³⁵ Buscar respuestas a preguntas que exceden los límites de la ciencia es uno de los signos de cientificismo identificados por Haack (2012a).

³⁶ Estoy suponiendo que al menos hay algo en nuestra experiencia que el saber proposicional no puede captar, algo a lo que algunos le han llamado “cualidad subjetiva de la experiencia”. Posner (1999: 74) parece distinguir entre “el conocimiento directo” o de primera mano del experto y su *background*. Pierde de vista que muchas veces sólo puede tener ese conocimiento directo precisamente por su *background*.

experto como por su uso de criterios intersubjetivos diversos. Después de todo, el conjunto de conocimiento experto es un conjunto multidimensional de interacciones entre individuos e instituciones (Selinger y Crease, 2006: 6).³⁷

Todo lo dicho hasta ahora respecto la *expertise* sugiere, entonces, que para conocer de unos *hechos* el problema no radica únicamente en la mera selección de un perito imparcial que con una base observacional que le proporciona una supuesta experiencia neutra contraste las afirmaciones de una teoría o hipótesis, esto se basaría en un objetivismo ingenuo que es necesario erradicar para un adecuado abordaje del conocimiento experto.

Concluyendo, pues, acerca de la distinción entre hechos y opiniones planteada al inicio de este epígrafe, hay que decir que es difícil hablar de muchísimas cosas como si fuesen “hechos” sin que esté implicada en algún grado una inferencia (Dwyer, 2008: 97)³⁸, por lo que sería mejor abandonar una distinción tajante entre hechos y opiniones por insuficientemente informativa y que más bien termina obscureciendo los procesos inferenciales que realiza un experto a partir de lo que observa, i.e., de sus esquemas conceptuales, sus instrumentos, etc., que deberían explicitarse adecuadamente.

2. El carácter testimonial de la prueba pericial

Se suele afirmar que un perito es llamado al proceso judicial cuando *para conocer* o apreciar convenientemente hechos controvertidos en el proceso sean necesarios conocimientos especializados (Font Serra, 2000: 70); o que la finalidad de la prueba pericial es aportar conocimientos especializados de los que el juez puede carecer (Abel Lluch, 2009: 31). En otras palabras, es una fuente de conocimiento para el juez; y, por ello, es necesario analizar su funcionamiento y, sobretodo, la justificación de las creencias o el conocimiento así adquirido.

³⁷ Cfr. Kurz-Milcke y Gigerenzer (2004: v).

³⁸ Se trata, pues, de una especie de continuo (Roberts y Zuckerman, 2004: 293).

En contextos como el proceso judicial, la forma de allegarse de información experta es mediante un tercero. En este sentido, la prueba pericial, como el resto de elementos de prueba, es una fuente de información relevante sobre los hechos del caso para el juez. Por supuesto, el caudal de conocimientos expertos que pueda tener un juez puede ser de gran utilidad para una adecuada práctica de la prueba e incluso, cuando se trata de un perito nombrado por el juez, para la selección del perito de su confianza. Como cualquier otro elemento de prueba, es independiente de los conocimientos que tenga el juzgador sobre la información que podría ofrecer un experto.

Una cuestión distinta sería que se propusiera, como forma de traer conocimiento experto al proceso, una especie de tribunales especializados o jueces expertos donde quizá el conocimiento experto del juez o los jueces que lo constituyesen sería un aspecto determinante *para* formar parte del tribunal. Obviando los problemas de constitución de este tipo de tribunales, esta opción, sin embargo, pareciera modificar considerablemente nuestra concepción de juez; y, supongo, habría una tendencia a tomar como incontrovertible una decisión judicial tomada por un órgano de esas características.

Pero, en ausencia de un juez de los hechos especializado, el argumento de la falta de competencia epistémica del juzgador de los hechos ha tenido un rol sumamente importante,³⁹ generalmente presuponiendo que si el juzgador tuviera dicha competencia, entonces podría evaluar con independencia las cuestiones sustantivas del testimonio experto, siendo capaz de detectar los errores y las exageraciones de éste (Mnookin, 2008: 592). Sin dicha competencia epistémica por parte de los juzgadores, la estrategia seguida por

³⁹ Nótese que la discusión aquí se refiere a la capacidad del juzgador respecto un tipo de conocimiento o información concreta y no la capacidad natural ordinaria del ser humano para hacer deducciones y/o inferencias probabilísticas en general. En el contexto jurídico-procesal, esta última se ha discutido para justificar la libre valoración de la prueba; por ejemplo, desde la psicología se han hecho investigaciones sobre patrones *sistemáticos* o tendencia sistemática de error cognitivo en el razonamiento ordinario, v.gr., la falacia de la afirmación del consecuente o la no consideración de probabilidades a priori. Al respecto, véase un brillante artículo sobre la libertad de la prueba y su legitimidad en Cohen (1983).

algunos sistemas jurídicos ha sido intentar asegurar la *imparcialidad* de los peritos, bajo el supuesto de que bastaría con ello para adquirir información *justificada* relevante para el caso en cuestión. El problema básico es que centrar la atención únicamente en la imparcialidad obvia muchos de los problemas periciales más importantes que surgen en un proceso judicial: los desacuerdos genuinos entre expertos, de modo que la imparcialidad podría considerarse hasta cierta medida adecuada *sólo* cuando hubiese un muy amplio consenso en la comunidad experta correspondiente; los posibles errores cognitivos (de buena fe, si se quiere agregar) del perito imparcial; y, por supuesto, la incompetencia de muchos supuestos peritos que podrían ser completamente imparciales.

Pero, la solución de dichos problemas, es decir, saber cuándo el desacuerdo entre expertos es genuino y cómo abordar ese tipo de desacuerdos, detectar errores cognitivos y saber quién es el perito realmente competente, parecería llevarnos nuevamente a la necesidad de contar con un experto para ello. Es más, decía antes que es indispensable contar con información empírica sobre el funcionamiento de los diversos métodos, técnicas, instrumentos, aparatos, etc. que usan los expertos en un caso concreto y, evidentemente, dicha información proviene también de terceros. En este sentido, el testimonio pericial parecería ser más una fuente de conocimiento en sí mismo, brindando información al sujeto cognoscente que de otra manera no podría adquirir. Hay pues una *dependencia epistémica* del juzgador de los hechos al perito. Es decir, no *percibe* directamente tal objeto y/o escapa de su *experiencia inmediata*⁴⁰.

Es necesario distinguir la necesidad de cierto *paternalismo epistémico* de una *dependencia epistémica*. Una cosa es que suponiendo la existencia de ciertos patrones de inferencia o incapacidad de procesamiento de información por parte del juzgador de los hechos se establezcan medidas normativas que

⁴⁰ Si bien es cierto que en otros tipos de pruebas también se da cierta dependencia epistémica, quizá lo que diferencia la prueba pericial es que normalmente el contenido de ésta escapa a la experiencia del juez, mientras que, por ejemplo, el contenido de una prueba testifical no.

limiten, por ejemplo, el tipo de información base para la toma de decisión; y, otra, muy diferente, la discusión respecto al papel que juegan en la construcción de creencias otros sujetos o agentes y las condiciones bajo las que se desarrolla. Y, desde luego, también hay que diferenciarlo de aquello que enuncia Devis Echandía (1972: 61):

... el riesgo de la pereza física y mental de algunos juzgadores, que no hagan uso de la facultad legal para criticar [a la prueba pericial], sino que se faciliten el trabajo rindiéndole un exagerado servilismo. Pero este riesgo existe igual con otros medios de prueba [que] pueden ser aceptados servilmente o sometidos a rigurosa crítica, según la competencia y la preparación de cada juez. ... [Es] por esta razón que no puede esgrimirse este peligro como algo exclusivo de la moderna prueba técnica o científica.

No sólo son distintos los mecanismos procesales para afrontar la dependencia epistémica, el paternalismo epistémico y la pereza mental, que van desde las reglas de prueba tasadas, la exclusión de pruebas, hasta los recursos en segunda instancia, sino que los fundamentos de cada uno son muy diversos.

Así pues, una de las preocupaciones de los estudiosos de la prueba pericial parece ser que el juzgador no tiene, al menos generalmente, acceso directo o inmediato a la información objeto de la prueba pericial. Esto pareciera ser una doble peculiaridad de la prueba pericial que resulta en una especie de excepción a la hegemonía de la llamada inmediación judicial,⁴¹ si se considera que mediante ésta “el juzgador debe formar su criterio con materiales de primera mano, en virtud de una apreciación personalísima” (Andrés Ibáñez, 2003: 58).

⁴¹ Según Van Kampen (1998: 57) el principio de inmediación adoptado en el Código holandés de 1838, fue determinante para considerar que las pruebas periciales no podían ser usadas para fundamentar la decisión judicial, aun cuando pudieran “asistir al juez”. El código posterior, de 1926, consideró la admisión de pruebas periciales una excepción al principio de inmediación, permitiendo la entrada de informes escritos de expertos siempre y cuando éstos juraran ante el juez desarrollar su tarea “conforme a su conciencia”.

¿Cuáles serían las consecuencias de esto para un modelo de prueba pericial? En primer lugar, el conocimiento adquirido mediante la prueba pericial es conocimiento de segunda mano⁴², supone que la información que recibimos es filtrada a través de otra mente que interpreta los datos con sus propios sesgos y falibilidad (Adler, 2012). En segundo lugar, además, el juzgador suele carecer de un criterio sustantivo (o conocimiento) independiente del que pueda ofrecerle un perito o incluso una comunidad de expertos para evaluar las afirmaciones respectivas. Esto último a diferencia, por ejemplo, de la prueba testimonial cuya aceptación general se supone justificada al asumir que tiene sentido apelar a la experiencia del juzgador respecto de las afirmaciones sobre hechos cotidianos que hace un testigo; en la prueba pericial “no se puede pedir al juzgador que posea una ciencia superior a la del perito, que le permita, por tanto, rehacer por su cuenta la valoración efectuada por él” (Fairén Guillen, 1990: 463).

En tal escenario, se suele suponer que la adquisición de conocimiento experto se reduciría a aquello que el juez pudiera percibir *mediante* el propio experto. Una cita del clásico Stein (1893: 62), puede servir de ayuda para ejemplificar lo que estoy afirmando:

el juez hace *correceptor* de la prueba al perito, por una parte, para *convertir en percepción propia* la explicación técnica de éste, y por otra parte, para poder controlar, en la medida de lo posible, el dictamen pericial cuya valoración le corresponde...⁴³

⁴² Aunque esto no es privativo de la prueba pericial, sucede también cuando se trata de pruebas testificales o, incluso, con la prueba confesional.

⁴³ Así, continua Stein, “[s]ólo ofrece verdadera dificultad el caso en que el juez renuncia a tomar parte en la percepción junto al perito, de modo que éste se convierte en el único receptor de la prueba y *representa* así al juez.” Las cursivas son mías.

Al respecto también sirva como ejemplo la sentencia 368/2007 del Tribunal Supremo español: “El contenido de lo declarado por los testigos, peritos y acusados, así como la credibilidad de sus manifestaciones ... requieren para su valoración ... de la percepción del tribunal en el momento del juicio, pues solo así entonces podrá éste formar su necesaria convicción sobre los hechos... por estas razones son completamente ajenas, como cuestiones de hecho, al recurso de casación”.

Es cierto que el juez, como todo agente, para conocer o entrar en contacto con lo que otros le dicen, con lo que le es comunicado lingüísticamente, *operativamente* depende de la percepción; pero, ¿qué importancia epistémica tendría que veamos un informe pericial o que escuchemos lo que dice el perito?, ¿habría que reducir el estatus epistémico de las creencias, la justificación o el conocimiento obtenido mediante el testimonio de un experto a la percepción? Por supuesto que el juez requeriría de la intermediación para conocer del testimonio, oral o escrito, que le es presentado, pero la justificación de la información que mediante éste adquiere es una cuestión distinta.

En cualquier caso, adelanto una tesis central de este trabajo: desde el punto de vista *epistemológico*, la prueba pericial es un testimonio.⁴⁴ En términos muy generales, se trata de un acto de comunicación en el que un tercero, que identificaré como hablante, comunica cierta información a otro, al que llamaré audiencia, que adquiere de dicho contenido determinada información, creencias o conocimiento. El testimonio experto es una fuente de conocimiento⁴⁵ y, como tal, presenta problemas muy concretos.⁴⁶

⁴⁴ Anderson, Schum y Twining (2005: 64), por ejemplo, distinguen entre "*tangible evidence*" y "*testimonial evidence*", es decir, entre ítems tangibles y afirmaciones testimoniales. Haack (2007: 61), por ejemplo, habla de "*physical evidence*", con aquellos objetos con lo que interactuamos mediante nuestros sentidos.

Este punto está de alguna manera asumido en el *common law*, de hecho, el tecnicismo de la prueba pericial es "*expert testimony*". Así, por ejemplo, el derecho procesal estadounidense y la doctrina anglosajona dividen a los elementos de prueba en dos grandes grupos: las pruebas físicas (por ejemplo, la documental) y los testimonios (la pericial y la testimonial).

La dogmática de tradición romano-germánica, por ejemplo, clasifica a las pruebas según su estructura o naturaleza en personales o declarativas, cuando se trata de personas, como la prueba testimonial, la prueba confesional, la prueba pericial; y en reales o materiales cuando se trata de cosas, como la prueba documental, las huellas o rastros, etc. Véase, por todos, Devis Echandía (1981: 226). Aunque, habría que decir, que esta es sólo una entre múltiples posibles clasificaciones.

⁴⁵ Las creencias o el conocimiento pueden ser explicados únicamente en relación a sus fuentes. Sin embargo, tales fuentes no sólo explican de dónde proviene el conocimiento sino que, en principio, son consideradas también como una fuente de justificación. Proveen al agente cognoscente de razones para creer o conocer. Cfr. Audi (2002: 79 ss).

⁴⁶ Problemas que han sido poco analizados por los estudios de la prueba pericial. Con algunas excepciones como Brewer (2006), Pardo (2007: 29) que, aun cuando no analiza el testimonio experto en particular sino el testimonio ofrecido por un lego en el proceso, sí que llama la atención sobre su carácter testimonial; y Herdy (2014).

Gelfert (2011: 301) también hace referencia a la relación entre el testimonio y la *expertise*, pero negando su relación. Sin embargo, en mi opinión, el error está en confundir dos problemas muy

Es necesario acentuar dos cuestiones. Primera, no estoy afirmando que no haya diferencias de importancia epistemológica entre un testimonio experto y un testimonio lego, pero tales diferencias son más bien de grado y no categóricas. Y, segunda, esta distinción es independiente de las diferencias jurídico-procesales entre lo que se identifica como prueba pericial y prueba testifical. Respecto esto último pueden mencionarse, por ejemplo, qué tipo de afirmaciones se le permite jurídicamente hacer a cada uno, el tipo de recusaciones o tachas o recursos que se pueden anteponer a uno y otro, la obligación de prestar juramento, la condición jurídica del perito y del testigo, las responsabilidades jurídicas a las que pueden ser sometidos, su retribución, etc.

En todo caso, los procesalistas suelen argumentar como diferencia sustantiva entre ambos tipos de pruebas, además de la expertise, el conocimiento directo de los *hechos* del caso⁴⁷. Este argumento recuerda, sin duda, al objetivismo ingenuo visto anteriormente al tratar los diversos sentidos de “hecho”, que supone que los hechos son plenamente objetivos y los conocemos porque de alguna manera “impactan” en nuestra conciencia. Si, por el contrario, al desambiguar el término “hecho”, asumimos la diferencia entre los hechos brutos, los hechos percibidos y los hechos interpretados y las complejas interrelaciones entre éstos, podemos entonces notar la simplicidad (y los errores) con la que ha sido asumida la supuesta diferencia entre la prueba pericial y la prueba testimonial. Ambos, el testimonio y el perito ofrecen hechos *interpretados* que deben ser relevantes para el caso; la diferencia radica más bien en una actitud disposicional del sujeto que pretende actuar como perito, i.e., su *expertise*, que no *necesariamente* tiene quien pretende o debe actuar como testigo.

diversos: la naturaleza del conocimiento experto y la obtención de conocimiento experto mediante un tercero.

Páez (2013: 217), por su parte, primero negó la relación al decir que “[se] reemplaza el problema de las creencias testimoniales por el problema del conocimiento experto, el cual es tanto o más difícil de resolver que el problema original”; pero, en un trabajo posterior (Páez, 2014) asume sin más el carácter testimonial de la prueba pericial.

⁴⁷ Véase, por todos, Abel Lluch (2009: 47) al tratar de diferenciar al perito del testigo: “... la percepción de los hechos y la declaración del testigo es siempre intransferible, porque tuvo un conocimiento personal –directo o indirecto– de los hechos”.

Una vez que reconocemos que los individuos forman sus creencias con base en información proporcionada por otros, hay cuestiones muy importantes acerca de las condiciones que deben satisfacerse para su justificación. Así pues una pregunta fundamental es qué criterios posibilitan la justificación de la aceptación del testimonio experto.

2.1. El testimonio y su epistemología

La situación descrita, desde luego, no es privativa del ámbito jurídico. Por el contrario, la dependencia epistémica es posiblemente una característica irreductible de las sociedades actuales y nuestras interrelaciones en dicha dinámica. Muchas de nuestras creencias y conocimientos provienen de lo que otros nos dicen. Quizá ahora más que nunca es difícil concebir a una persona que tenga el tiempo, el intelecto y/o la experiencia necesaria para generar o conocer por *sí misma*, sin los otros, lo que entre muchos individuos han llegado a saber.⁴⁸

En este sentido, parece necesario reconocer o enfatizar la importancia que tiene aceptar, creer o conocer diversas cuestiones para las que no se tienen personal o directamente pruebas; es decir, la ya citada dependencia epistémica entre los individuos que interactúan en los diversos sistemas sociales que conforman nuestra sociedad. “[E]l testimonio, para cada uno de nosotros en nuestra difícil situación social y epistémica actual en la que la división del trabajo epistémico es la regla, es una fuente esencial de fundamento empírico para nuestras creencias acerca del mundo ...” (Fricker, 2006: 227).⁴⁹

⁴⁸ No ignoro las grandes discusiones filosóficas que suscitan los “objetos” del saber, ni las posibles distinciones entre “saber” y “conocer”, saber implícito y explícito, saber *que* (algo es de esta o aquella manera) y saber *cómo* (llevar a cabo un cierto tipo de actividad). Al respecto véase Quesada (1998: 26 ss). En todo caso, algunas de estas cuestiones serán abordadas en los siguientes capítulos.

⁴⁹ De acuerdo con Fricker (2006: 227), “hasta cierto punto es cierto que, para llegar al individuo epistémicamente autónomo, una gran parte de lo que es creído por un miembro normal de una sociedad moderna, con su extendida división del trabajo cognitivo, *would have to be bracketed give up* – sobre todo de geografía, historia, ciencias naturales y sociales, incluida la medicina, etc.”

Dicha dependencia va desde cuestiones muy básicas, como el lugar y la fecha de nuestro nacimiento, la existencia de varios lugares, etc., hasta cuestiones más técnicas, como el hecho de que la tierra es redonda, que fumar causa cáncer, sobre la circulación de la sangre, entre tantas otras cuestiones que no observamos o no tenemos alguna experiencia directa con ellas y resulta inviable confirmarlo. Pero, ¿es la palabra de un tercero suficiente para justificar las creencias o el conocimiento que la audiencia potencialmente adquiera a partir de ello? En todo caso, antes de responder a esta pregunta de corte epistemológico, habría primero que identificar algunas cuestiones sobre qué es un testimonio.

En términos generales, aunque sin pretensión de exhaustividad, se pueden identificar tres elementos esenciales que caracterizan al testimonio:

- a. La expresión de información, creencias o conocimiento mediante un acto de comunicación.
- b. Una conexión razonable entre lo dicho por el hablante y lo adquirido por la audiencia, y
- c. La información adquirida al menos en parte mediante ese acto de comunicación.

Veamos algunas cuestiones sobre cada uno de estos tres elementos que, además, servirán para hacer algunas puntualizaciones respecto el testimonio experto en el contexto procesal.

La literatura sobre el testimonio lo ha abordado como una práctica social mediante la que se obtiene conocimiento a través de un acto de habla.⁵⁰ Por supuesto, la noción de acto de habla incluye tanto los reportes orales como los escritos, pero ¿qué tipo de acto está involucrado? Algunos autores consideran las afirmaciones (*statement*), otros las aserciones que expresan creencias,

⁵⁰ Sobre los actos de habla, véase Austin (1962); Searle (1969).

mientras otros hablan de actos de dar cuenta (*telling*)⁵¹ o de la intención de expresar un contenido comunicable o incluso de todos ellos.⁵² En todo caso, en los términos de Searle (1975), se trataría claramente de un acto de habla asertivo.

Sea cual sea el acto de habla en comentario, que se analizará en los próximos capítulos, se tendrán los problemas *semánticos* de lo dicho por el hablante. Y, en este punto hay, además, un problema añadido cuando el testimonio es entre un hablante experto y una audiencia lega, pues muchas veces se pide al experto que traduzca en términos comprensibles el contenido de su acto de habla; por supuesto, a través de esa traducción podría introducirse cierta incertidumbre o dudas respecto de los detalles que pudieron perderse deliberada o inadvertidamente.

Entiéndase bien, no es la forma en cómo se dice sino lo *que* se dice a la audiencia.⁵³ Eso sí, hay una serie de criterios formales que deben considerarse determinantes *sólo* en un sentido negativo, es decir, si existen derrotan por sí mismos la justificación. Entre estos podemos citar las contradicciones, la inverosimilitud y la *incoherencia*.

Un punto a destacar sobre el contenido del acto del habla es que no necesariamente tiene que haber una correspondencia entre el contenido explícito del testimonio y aquello que se está testificando.⁵⁴ Por ello, considerar al testimonio únicamente como *una* frase u oración, tal como sugiere Adler (2012) resulta demasiado simplista; parece preferible usar una noción más

⁵¹ Dar cuenta de algo, por ejemplo, Fricker (2006: 596) considera que es un tipo de aserciones.

⁵² Como hace, por ejemplo, Adler (2012); aunque después se concentra también en las aserciones. En su opinión, sin embargo, las aserciones implican la asunción de responsabilidad por la verdad de lo dicho (Adler, 1997).

⁵³ Evidentemente las habilidades dialécticas o de oratoria no deben tomarse como una especie de indicador de la *expertise*; aunque, claro está, ayudan a la mejor comprensión de lo que se afirma.

⁵⁴ Por ejemplo, suponga que usted me pregunta: ¿está lloviendo? Y yo respondo 'hay un paraguas en el armario' (Lackey, 2008: 26). Pareciera que se están testificando dos proposiciones, pese a que explícitamente sólo se dice una.

amplia como *acto de comunicación*.⁵⁵ Lackey (2006c: 188) ofrece tres ejemplos paradigmáticos:

- a. Cuando *a* es una afirmación (*utterance*) de una oración declarativa tal que expresa la proposición *p*
- b. Cuando *p* es una implicación pragmática obvia (no cancelada) de *a*
- c. Cuando un acto de comunicación *a* expresa la proposición que *q* y, al menos para los participantes, es obvio que *q* implica *p*.

Por ello, que *p* puede ser adquirida *implícitamente* del testimonio ofrecido. Hay que diferenciar esta cuestión de un problema distinto, cuando las afirmaciones respectivas se hacen de forma retórica, figurativa, irónica, lúdica, etc. El acto de habla tiene que ser informativo.⁵⁶

Una cuestión importante para el testimonio experto en el proceso judicial y que me parece relevante enfatizar en este espacio es que pese a la actual moda de la oralidad procesal, considero que la prueba pericial debería seguir incluyendo la presentación por escrito de un informe pericial, lo que no excluye, claro, su debate oral. Y, de cualquier modo, es importante considerar de qué material se dispone en cada etapa procesal para la toma de decisión respectiva; así, por ejemplo, si no se prevé la presentación de un informe previo, se tendrá menos información para decidir la admisión de una prueba pericial. En todo caso, en el resto del trabajo presupondré que la prueba pericial conlleva la presentación de ese informe.

⁵⁵ Reducir el testimonio a una afirmación deja fuera casos claros de testimonio como aquellos que se hacen sin usar afirmaciones; por ejemplo, un asentimiento de cabeza cuando alguien pregunta si fuera hace frío (Lackey, 2006c: 183).

⁵⁶ Así pue, habría que diferenciar un testimonio de las meras las observaciones casuales y otros comentarios no informativos dados en un contexto concreto. Supongamos, como ejemplo, que Sebastián cuenta un chiste en una reunión de su grupo de amigos y al terminar uno de sus amigos comenta “que buen sentido del humor tiene este tipo”. Si previamente todos los amigos de Sebastián conocían de su sentido del humor (y quien hace la afirmación, además, sabe que otros lo conocen), la afirmación no aporta en ese contexto información alguna sobre el humor de Sebastián (Lackey, 2006: 183), pudiendo servir quizá sólo como una observación casual.

Por otra parte, es importante destacar que el concepto general de testimonio supone la existencia de dos agentes, el hablante y la audiencia, con distintos roles, características y exigencias, que de alguna manera se encuentran inmersos en un acto de comunicación. Así pues, respecto al hablante una adecuada concepción del testimonio debe dar cuenta de qué significa para éste participar en el acto de testificar y/o qué condiciones debe satisfacer; y, por lo que respecta a la audiencia, se debe especificar qué significa que use el testimonio de otros como una fuente de creencias o conocimiento. Por supuesto, dados los objetivos de este trabajo, supondré que el perito actúa como hablante mientras el juez o juzgador de los hechos hace las veces de audiencia.

Dada la presencia de estas dos figuras, según Lackey (2006c: 187), el concepto de testimonio no es unívoco. A menudo se reconstruye como un *acto intencional* por parte del hablante, i.e., un hablante no puede testificar si no tiene la intención de comunicar a otro cierta información; pero, también a menudo, un testimonio es considerado simplemente como una *fuentes de información o de conocimiento* para la audiencia, con independencia de si el hablante ha tenido la intención de comunicarle determinada información.⁵⁷ Se trataría, entonces, de dos conceptos de testimonio independientes: un acto intencional del hablante o una fuente de creencias o conocimiento de la audiencia independientemente de las intenciones del hablante. En esta disyunción del concepto del testimonio, Lackey (2008: 27ss), identifica al primero como “testimonio del hablante” (*speaker testimony*) mientras al segundo como “testimonio desde el punto de vista de la audiencia” o “testimonio para la audiencia” (*hearer testimony*).

Y, finalmente, solo se puede hablar del testimonio como fuente de conocimiento si:

⁵⁷ Es una instancia de testimonio, por ejemplo, el diario personal de Jorge que, sin haber tenido éste la intención de comunicar a otro sus sentimientos hacia María, sirve como fuente de información a Marta al encontrarlo en la habitación de Jorge.

- a. la audiencia no conoce ya lo que el hablante afirma
- y
- b. no se trata de una mera diferencia de acceso a las pruebas relevantes que pudiese suscitar diferencias de opinión o desacuerdos.

Lo anterior resaltar que no todo aquello que aprendemos mediante el testimonio de otros califica como conocimiento o creencia testimonial, sólo aquellas creencias que la audiencia forme sobre la base del contenido del testimonio del hablante. Así, por ejemplo, si Anna le dice a Laia que en un salón de clases hay 20 personas y Laia llega a saber que hay 20 personas una vez las ha contado, su creencia no se funda en el testimonio de Anna, aun cuando dicho testimonio le haya dado la pauta.⁵⁸ También puede darse el caso de que una creencia sea sólo parcialmente testimonial, como pareciera ser una constante en el proceso judicial dada la habitual cantidad de pruebas que se presentan para probar una misma hipótesis.

Las constantes afirmaciones que en el ámbito procesal se hacen con la pretensión de poner de manifiesto que el juez *no* tiene los conocimientos que posee el experto y que precisamente por ello un perito es llamado al proceso marcan un buen comienzo para el análisis testimonial de la prueba pericial. Pues es condición necesaria para la justificación testimonial que la audiencia no tenga los conocimientos que el hablante pretende transmitirle; de tenerlos, pues, no estaríamos ante una instancia testimonial.

Todas estas generalidades no hacen más que abrir una serie de preguntas: ¿bajo qué condiciones se puede considerar que un hablante ofrece un testimonio?, ¿cuál es la perspectiva que interesa, la del hablante, la de la audiencia o ambas?, ¿bajo qué circunstancias un testimonio puede transmitir o generar conocimiento?, etc. Cuestiones a las que intentaré dar respuesta a lo largo de todo el trabajo, por lo que en este capítulo sólo me basta con plantear a grandes rasgos el escenario de discusión epistemológica sobre el testimonio.

⁵⁸ Véase, Lackey (2006d: 433).

Por ello, antes de cualquier mayor especificación sobre el acto de habla en concreto o los participantes en éste, es necesario presentar precisamente el debate que gira en torno la justificación testimonial.

2.2. El reduccionismo vs. el no-reduccionismo

Pese a que algunos autores como John Locke, David Hume, Thomas Reid y Bertrand Russell, habían escrito sobre cómo se obtienen creencias o conocimiento de las palabras de otros, el primer libro dedicado enteramente al testimonio como fuente de conocimiento es *Testimony* de C.A.J. Coady (1992), poniendo el tema en la mesa de discusión desde entonces. Como he dicho antes, el carácter testimonial de la prueba pericial ha sido ampliamente ignorado por los estudios del tema, sin embargo, en descargo de éstos, podría decirse que el análisis del testimonio como fuente de conocimiento (como la percepción, la memoria, etc.) es relativamente novedoso incluso en la epistemología general. En los últimos años, en cambio, el testimonio ha recibido mucha atención por parte de la epistemología general y se han producido valiosas aportaciones que, en mi opinión, se deberían analizar e incorporar al tratamiento de la prueba pericial.

Coady denuncia un individualismo epistémico asociado al ideal del agente que conoce, se distingue entre el testimonio formal asociado principalmente al ámbito jurídico y el testimonio natural que tiene lugar ordianariamente en nuestras interacciones sociales. Pero, sin lugar a dudas, una de las cuestiones ahí presentadas que marcó el debate epistemológico sobre el testimonio ha sido la distinción entre las posturas reduccionistas y no-reduccionistas; representado tradicionalmente con las concepciones de Hume y Reid, respectivamente.

Hume (1754: 149), por su parte, sostuvo básicamente que:

... no hay un tipo de razonamiento más común, más útil o incluso más necesario para la vida humana que el derivado de los testimonios de los hombres y los informes de los testigos presenciales y de los espectadores. Quizá uno pueda negar que esta clase de razonamiento esté fundado en la relación causa-efecto. No discutiré sobre la palabra. Bastará con apuntar que nuestra seguridad, en cualquier argumento de esta clase, no deriva de ningún otro principio que la observación de la veracidad del testimonio humano y de la habitual conformidad de los hechos con los informes de los testigos. Siendo un principio general que ningún objeto tiene una conexión con otro que pueda descubrirse, y que todas las inferencias que podemos sacar del uno al otro están meramente fundadas en nuestra experiencia de regularidad y constancia de su conjunción, es evidente que no podemos hacer una excepción de este principio en el caso del testimonio humano...

... La razón por la que damos algún crédito a testigos e historiadores no se deriva de una conexión que percibimos a priori entre testimonio y realidad, sino porque solemos encontrar conformidad entre ellos.

Coady identifica este pasaje de Hume como la concepción recibida del testimonio que exige a la audiencia su experiencia en la fiabilidad del testimonio y las expectativas a las que esto da lugar. Donde experiencia significaría observación individual de una constante conjunción entre lo que la gente dice y la forma en como es el mundo o, más concretamente, entre tipos de reportes y tipos de objetos, es decir, a una simple inducción por enumeración. Ahora bien, "tipos de reportes" podría aludir a tipos de hablantes que ofrecen su testimonio o tipos de contenido de los testimonios; si se trata de tipos de hablantes, entonces, se exigiría que cada individuo haya observado una correlación entre lo dicho por un sujeto con las credenciales adecuadas o la *expertise* relevante y los tipos de situación que reporta en un número de casos lo suficientemente extenso (Coady, 1992: 83). Por supuesto, uno de los problemas que un argumento así presentaría es que la *expertise* no es una cuestión de simple inspección u observación como lo pueden ser otras

propiedades de un sujeto; pero también se enfrentaría el criterio de suficiencia de casos observados y la uniformidad de las diversas instancias testimoniales.⁵⁹

El problema de los reduccionistas es que no toman en cuenta las limitaciones cognoscitivas de los agentes individuales. Sea como sea que se intentase enfocar el testimonio, la amplitud de su uso tendría que apoyarse en evidencia obtenida *personalmente*, la que podría ser extremadamente pequeña como para sustentar el resto de nuestras creencias. Y muchas veces la base para aceptar una creencia basada en testimonios no puede dejar de tomar en cuenta otras creencias basadas a su vez en otros testimonios;⁶⁰ dependiendo así de una especie de cadena testimonial. Este punto parece enfatizarse cuando se trata de un testimonio experto, pues incluso los expertos dependen para el progreso de sus investigaciones de otros tantos trabajos realizados por sus colegas.⁶¹

Llegados a este punto, es importante introducir una división en el debate, concretamente del lado reduccionista, y es que habría que diferenciar entre el llamado reduccionismo global y el reduccionismo local. Mientras los defensores del primero mantienen que la audiencia debe tener razones no-testimoniales para creer que el testimonio es *generalmente* fiable; los segundos consideran que la justificación de *cada instancia* testimonial, de cada testimonio en particular se reduce a la percepción, la memoria o el razonamiento inferencial (Lackey, 2006d: 440)

Entonces, el reduccionismo global enfrenta con mayor razón el problema de la base inductiva necesaria para sostener una afirmación del tipo “el testimonio es

⁵⁹ El inferencialismo-testimonial ha desarrollado algunos análisis bayesianos y de inferencia a la mejor explicación. Una concepción del testimonio como inferencia a la mejor explicación es ofrecida por Lipton (1998) y Malmgren (2006). Para estos Coady se equivoca al concluir que no hay una teoría de la justificación inductiva que pueda dar cuenta de las creencias testimoniales a partir de mostrar el fracaso de Hume.

⁶⁰ Aun cuando, como sugiere Adler (2012), nuestro *background* probatorio sea muy extenso y sólido.

⁶¹ Volveré sobre esta cuestión más adelante. En todo caso, al respecto puede verse Laudan (1977); Hardwig (1985); o Kitcher (1993), entre muchos otros.

generalmente fiable” cuando, de hecho, un agente está expuesto sólo a una muestra más o menos limitada de reportes; por no hablar de los hechos con los que se supone se habrían de confrontar las afirmaciones de terceros. Como bien afirma Coady (1992: 82):

... parece absurdo sugerir que, individualmente, hemos hecho toda la cantidad de trabajo que [el reduccionismo] requiere ... muchos de nosotros nunca hemos visto nacer a un niño, tampoco hemos examinado la circulación de la sangre ni la actual geografía del mundo ... ni un vasto número de otras observaciones que [el reduccionismo] pareciera requerir.

Y, por supuesto, en el caso del testimonio experto, un agente lego carece en ocasiones de la maquinaria conceptual necesaria para observar determinados hechos, otras para identificar los hechos relevantes, otras para contrastar los informes periciales con los hechos, etc. Esto, incluso, da lugar a otra objeción al reduccionismo global y es que el contenido del testimonio es ampliamente heterogéneo como para aludir a los testimonios en general, pues un testimonio puede implicar afirmaciones sobre el clima de los próximos días en una ciudad, los antecedentes criminales de un individuo o hasta cuestiones que impliquen conocimiento experto, que en sí misma es una categoría heterogénea. Por ello, las generalizaciones sobre la fiabilidad del testimonio como un todo no parecen conducirnos a un proyecto prometedor (Fricker, 1994: 139).⁶²

⁶² En el análisis doctrinal y jurisprudencial de la prueba pericial, muchas veces puede identificarse una especie de reduccionismo global cuando se habla del perito oficial y se afirma que éste generalmente es más fiable. Y, como se ha dicho anteriormente, una declaración de este tipo enfrenta al menos dos serios problemas: su base inductiva y la heterogeneidad del contenido de las pruebas periciales realizadas por los peritos oficiales.

Subyace aquí una especie de razonamiento del tipo:

- a. P afirma que x
- b. P, o personas como P, han sido generalmente fiables en sus afirmaciones en el pasado
- c. P es probablemente fiable en esta ocasión, entonces
- d. X

Por otro lado, el reduccionismo local afronta al problema de que frecuentemente adquirimos conocimiento testimonial de hablantes que conocemos poco o nada. Un problema al que se enfrentan al menos algunas pruebas periciales, sobre todo cuando se trata de un perito de parte; en donde, además, la información que se suele tener sobre la *expertise* de éste es también testimonial, a partir de lo que afirman las partes.

Un ejemplo de posible posición reduccionista en el tratamiento de la prueba pericial en el ámbito jurídico nos lo ofrece Rodrigo De Larrucea (2010: 10):

El juez ha dejado de ser mero receptor pasivo de la ciencia y la tecnología para situarse en una posición en la que debe establecer qué datos técnicos o científicos son social y jurídicamente relevantes, cómo deben ser interpretados los datos científicos y qué parámetros (jurídicos, técnicos o científicos) han de fijar la credibilidad de los peritos.

Las creencias que se obtengan a partir de las afirmaciones del perito deben estar fundadas en razones independientes a lo dicho por éste. Por ello, aquí aparece un problema muy denunciado en la literatura sobre la prueba pericial: el peligro de terminar convirtiendo al juez en una especie de pseudo-experto.

La postura opuesta es tradicionalmente representada por Reid (1895) y se afirma que un individuo puede estar justificado por el testimonio sin necesidad de que esté justificado en creer que el hablante es confiable mediante su observación directa. Fundamenta su posición en lo que llamó el “principio de la veracidad”, entendido como la propensión que tiene el ser humano a decir la verdad, y el “principio de la credulidad”, que es la disposición a confiar en la veracidad de los otros y creer lo que dicen. Así, afirma:

Es evidente que, cuando se trata de un testimonio, la balanza del juicio humano por naturaleza está inclinada hacia el lado de la creencia; y se inclina hacia ese lado por sí misma cuando no hay nada en el lado

opuesto. Si no fuera así, ninguna proposición que fuera pronunciada en un diálogo sería creída hasta que fuese examinada y juzgada por la razón; y la mayoría de los hombres estarían habilitados para encontrar razones para creer la milésima parte de lo que se les ha dicho. Tal desconfianza e incredulidad nos pondrían en una condición peor que la de salvajes (1895: 203).

Para los no-reduccionistas debe haber razones que estén en el propio testimonio que justifiquen el conocimiento adquirido mediante éste. Por ello, sostienen que el testimonio de 'que p' de un hablante proveería por sí sólo a la audiencia de una razón *prima facie* para creer que 'p'; el testimonio, así, sería una fuente tan básica como la percepción, la memoria, el razonamiento inferencial, etc. A menos que haya *derrotantes relevantes*,⁶³ la audiencia podría entonces justificadamente aceptar *sin más* las afirmaciones del hablante.

Subyace a estas concepciones la idea de que adquirir conocimiento testimonial es un proceso epistémico extremadamente simple que funciona adecuadamente entre la audiencia y el hablante.⁶⁴ La justificación vendría

⁶³ Un derrotante es una circunstancia que constituye una excepción a la justificación. Es decir: estaría justificado a menos que se dé tal circunstancia.

⁶⁴ Dentro de las posiciones no-reduccionistas del testimonio podemos encontrar dos concepciones que argumentan que la justificación testimonial es *a priori*. El llamado *a priori entitlement* defendido principalmente por Burge (1993: 472) que se podría resumir en la siguiente tesis principal:

Estamos *a priori* legitimados (*entitled*) en aceptar algo que es *prima facie* comprensible y presentado como verdadero. Un contenido proposicional *prima facie* comprensible presentado como verdadero implica una relación conceptual *a priori prima facie* con una fuente racional de presentaciones-como-verdadero que son verdaderas: expresiones proposicionales comprensibles presuponen habilidades racionales y una legitimación (*entitlement*); entonces, las representaciones-como-verdadero vienen *prima facie* respaldadas por una fuente racional o recursos de razón; y ambos, el contenido proposicional comprensible de representaciones-como-verdadero y la racionalidad *prima facie* de su fuente, indican una fuente de verdad *prima facie*. Una afirmación comprensible es la cara de la razón (*the face of reason*); la razón es una guía hacia la verdad. Estamos *a priori prima facie* legitimados para tomar *at face value* las afirmaciones inteligibles.

Según Burge, la audiencia no inicia su relación respecto al testimonio del hablante en una posición neutral que requeriría cierta valoración para su aceptación, sino que la prerrogativa (*entitlement*) correspondiente es transmitida supuestamente por la naturaleza misma del testimonio.

Por otro lado, en lo que toca al segundo tipo de justificación *a priori*, *self-trust*, aquellos que la defienden consideran que tal como nosotros confiamos en nuestras creencias (o en la

porque, por ejemplo, se supone que poseemos una habilidad fiable para filtrar testimonios falsos (Goldberg, 2007); y, así, el testimonio tendría una total independencia de otras fuentes de conocimiento.

El problema fundamental que se le plantea a los no-reduccionistas es que si no hay pruebas en contra para aceptar el testimonio, la audiencia no tendría ningún trabajo epistémico por hacer pero, entonces, se deja abierta la puerta para la credulidad, irracionalidad o irresponsabilidad epistémica por parte de la audiencia. Lo que resulta incompatible con la justificación epistémica.

Respecto la prueba pericial, un ejemplo claro de posición reduccionista es la doctrina del Tribunal Supremo Español contenida, por ejemplo en la sentencia 28-6-2005, que dice:

... conforme reiterada doctrina de esta Sala al ser la prueba de peritos de libre apreciación del Tribunal de instancia no puede ser impugnada en casación, salvo que fuere arbitraria, ilógica, o absurda...

Básicamente el Tribunal dice a los juzgadores que el perito debe ser creído *a menos que* haya razones poderosas para no hacerlo.⁶⁵

justificación de nuestras creencias), por un principio de consistencia o paridad cognitiva debemos también confiar en las creencias de otros. Entre los que sustentan esta posición, no sólo encontramos a autores recientes como Allan Gibbard (1990), Richard Foley (1994) y Keith Lehrer (1997), sino que también fue sugerida por autores mucho más antiguos como C.S. Pierce. Aunque las versiones de cada uno difieren significativamente, comparten la médula sobre el estatus epistémico de las creencias testimoniales dada la paridad cognitiva.

Más allá de todas las complicaciones en los detalles de las diversas versiones de este tipo de justificaciones, la pregunta principal sería por el estatus epistémico del principio de paridad, básicamente respondiendo a por qué deberíamos aceptarlo como razonable. No se entiende muy bien por qué se asume o debería asumirse a priori el valor de la confianza en las creencias propias, fundamentalmente porque no todas nuestras creencias tienen o llegan a tener el mismo estatus o valor. Y, claramente, la explicación no puede consistir en una mera especie de generalización del tipo “mis creencias son confiables”, sin especificar qué las hace confiables (Adler, 2012).

⁶⁵ Tesis jurisprudencial I.3o.C. J/33, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX, Julio de 2004, p. 1490: Prueba Pericial, Valoración de la. Sistemas.

“... en materia civil o mercantil el valor probatorio del peritaje radica en una *presunción* concreta, para el caso particular de que el perito es sincero, veraz y posiblemente acertado, cuando es una persona honesta, imparcial, capaz, experta en la materia de que forma parte el hecho sobre el cual dictamina que, además, ha estudiado cuidadosamente el problema sometido a su consideración, ha realizado sus percepciones de los hechos o del material

El debate reduccionismo vs. no-reduccionismo se ha ido caracterizando de muy diversas maneras, sobre las condiciones internas de las creencias testimoniales o el conocimiento testimonial, la medida en que éstas son implícitamente inferenciales, mediante la analogía entre el testimonio y otras fuentes de conocimiento como la percepción. Más allá de todas estas amplias discusiones, algunas veces poco fructíferas, me interesa el análisis de qué demandas debe satisfacer tanto el hablante como la audiencia en *una* concreta instancia testimonial y cómo deben ser éstas satisfechas, con independencia de la etiqueta que bajo determinados esquemas portaría.⁶⁶

Del mismo modo que Fricker (1995: 401), no estoy pues interesada en el lugar que ocupan las creencias o el conocimiento testimonial en una red más amplia de conocimiento, como sería la de un agente epistémico maduro, sino sobre cuál debería ser nuestra actitud frente a *testimonios concretos*. Específicamente en la actitud del juez frente a un testimonio experto como elemento de prueba sobre los hechos de un caso; con independencia de que el background de los jueces esté conformado en mayor o menor medida por creencias y conocimiento testimonial.

Desde luego, vale la pena considerar también algunas peculiaridades del ámbito en que tiene lugar el testimonio experto que aquí interesa. Por ejemplo, que el perito está sometido a demandas profesionales e institucionales para ofrecer un testimonio correcto, y no simplemente a las normas de la práctica conversacional como cuando se trata de testimonios ordinarios fuera del ámbito jurídico procesal. O que el juez tendrá diversos tipos de prueba, además de los testimonios legos y expertos, con los que podrá tomar una

probatorio del proceso con eficacia y ha emitido su concepto sobre tales percepciones y las deducciones que de ellas se concluyen, gracias a las reglas técnicas, científicas o artísticas de la experiencia que conoce y aplica para esos fines, en forma explicada, motivada, fundada y conveniente.”

⁶⁶ Pueden verse algunas clasificaciones de diversas concepciones reduccionistas y no-reduccionistas del testimonio en Lackey (2006: 186); Faulkner (2011: 27ss). Los detalles sobre cuáles son exactamente las demandas difieren según los autores correspondientes y, por ello, serán cuidadosamente abordados en los capítulos 3 y 4.

decisión sobre los hechos del caso, etc. De cualquier manera, vale también la pena explicitar la concepción de prueba que subyace a toda la discusión en que tendrá lugar el testimonio experto.

3. Algunos presupuestos epistemológicos y el razonamiento probatorio

3.1. La concepción racionalista de la prueba y el razonamiento probatorio

Todo lo dicho anteriormente, y lo que se dirá en los siguientes capítulos, parte de una concepción de la prueba jurídica que sostiene que ésta pertenece fundamentalmente al ámbito de la racionalidad o del razonamiento en general, por lo que va mucho más allá de su contexto reglado.⁶⁷ En este sentido, de forma general, las normas sobre la prueba o el derecho probatorio pueden ser entendidas como “excepciones impuestas por el derecho a los principios generales de la prueba” (Ferrer, 2007:36); o, metafóricamente, podríamos acudir a Twining (2006: 196) y su metáfora del queso *gruyère*, donde el queso sería la regulación jurídica y los agujeros representarían los ámbitos de aplicación de la racionalidad general para la determinación de los hechos probados.⁶⁸ Con esto no quiero decir en absoluto que las normas jurídicas pasen a un segundo plano sino que, citando a Wigmore (1937:3), uno de los grandes teóricos de la prueba:

El análisis de los principios de la prueba, para un jurista, incluye dos cuestiones muy distintas. Una es el resultado probatorio (*proof*) en su aspecto general, - interesada en el proceso de razonamiento de los argumentos persuasivos,- mente a mente, del abogado al juez o al

⁶⁷ Con ello evito caer en lo que González Lagier (2003: 1) llama “falacia normativista”, considerando que el llamado derecho probatorio es omnicomprensivo y determinante de lo que es la prueba y sus problemas.

⁶⁸ O a la analogía del derecho probatorio con una ley de tránsito presentada por Ho (2008:38), observando que las reglas de tránsito son de alguna forma instrucciones para conducir, pero en otro sentido no lo son, dado que no nos indican cómo encender el vehículo o moverlo de un punto a otro.

jurado, cada parte pretende impactar en el entendimiento del tribunal. La otra ... las reglas procedimentales diseñadas por el derecho, fundamentadas en la experiencia que tiene en el litigio y la tradición, para proteger al tribunal (particularmente al jurado) de creencias erróneas. Hasta ahora, ésta última ha sido a la que más atención se le ha prestado en las investigaciones académicas, -de hecho, las ha monopolizado; mientras que la primera, prácticamente ignorada, ha sido dejada a la fortuna de la invención posterior, casual y empírica, en el devenir de la práctica.⁶⁹

Así pues, bajo esta concepción se asume que las elecciones y decisiones judiciales sobre los hechos que no estén determinadas por normas jurídicas de prueba legal se deben realizar bajo criterios intersubjetivos que permitan el control sobre su corrección. Siguiendo la reconstrucción de la concepción racionalista de la prueba presentada por Ferrer (2007: 62 ss.), puede decirse que ésta se caracteriza por considerar que la averiguación de la verdad es el objetivo general de la actividad probatoria en el proceso judicial y, a partir de esta asunción básica, 4 notas adicionales: 1) sostiene que decir que una hipótesis fáctica está probada significa que ha sido suficientemente corroborada, para lo que será necesario contar con estándares de prueba que indiquen ese nivel de suficiencia; 2) se defiende un principio de inmediación débil y 3) una fuerte motivación sobre los hechos; finalmente, 4) se prevé una amplia posibilidad de revisar las decisiones fácticas que se adopten mediante controles probatorios en sede de recurso.

Es necesario enfatizar que, desde esta perspectiva, son los elementos de prueba en sí los que justifican una decisión y no si estos producen cierto

⁶⁹ Por ello, para Wigmore, "*the science of proof*" es más amplia, anterior y de mayor importancia práctica que el derecho probatorio. Las reglas probatorias son importantes sólo en algunos casos y en algunas etapas de esos casos, mientras aquella está en todas las etapas y en todos los procesos. (Twining, 1985: 160). Un argumento muy similar, mucho más reciente, pero sin hacer referencia al aspecto persuasivo, de influencia "mente a mente", extraño a la teoría racional de la prueba, puede verse en Ferrer (2007: 35).

estado mental en el juzgador de los hechos.⁷⁰ Ahora bien, esto no quiere decir que las creencias del juzgador no jueguen rol alguno, sino que son una cuestión distinta y secundaria; en todo caso, nos interesarían sus creencias de segundo orden, esto es, las creencias que tiene respecto al conjunto de elementos de juicio o su creencia en “Está probado que P” y no sus creencias sobre “P” (Ferrer, 2005).⁷¹ Desde una concepción distinta es posible que algunos de los problemas que aquí se plantean para el control de la calidad de la información experta ni siquiera serían vistos como tales pues la prueba pericial sería si acaso un elemento más dentro de los mecanismos subjetivos a través de los cuales el juez íntima e inconscientemente elabora su persuasión sobre los hechos.⁷² Un buen ejemplo de este error subjetivista en la valoración de la prueba pericial es la siguiente cita de Nieva (2010: 300):

Gascón (2004:38), que llama a esta postura epistemología subjetivista, señala que:

su influencia más decisiva o profunda ... aparece en aquellas propuestas que, bien llevan el subjetivismo a tal grado de intuicionismo que arruinan cualquier posibilidad de control racional del juicio de hecho, bien postergan el propio conocimiento de los hechos a favor de otras finalidades prácticas del proceso, abandonando así el concepto de verdad como adecuación.

Una “verdad formal” en el sentido de íntima convicción del juez o algún otro estado mental del mismo.

⁷¹ Quizá el único caso en el que podríamos afirmar que estaríamos interesados en las creencias del juzgador es cuando éste no tiene más información que aquella que usa para creer “Está probado que P”, pues entonces esa creencia se vincula con la creencia en “P”. Sin embargo, puede pasar perfectamente que tenga otra información (que no ha entrado al proceso o que ha entrado pero luego ha sido excluida) y, en esos casos, el juez crea que “Está probado que P” y no crea “P”, porque el conjunto de elementos de juicio que fundan las dos creencias son diferentes. Obviamente, también puede suceder que el juez crea que “Está probado que P” y no crea “P” de forma irracional (por ejemplo, por prejuicios) o en los casos de justificación normativa de “P” por alguna regla probatoria, en ambos casos las creencias del juzgador son irrelevantes.

⁷² Si se asume una concepción subjetivista, por ejemplo, sería muy problemático afirmar que las pruebas excluidas no deben tener ningún efecto en el razonamiento probatorio cuando es el propio juez quien después de examinarlas las ha excluido, pues ¿cómo se (auto)protegería de la “contaminación”? Si la determinación de los hechos probados está vinculada a las creencias del juez sobre los hechos, tenemos el problema de que formamos las creencias *all things considered*, de manera que resulta cuanto menos difícil que podamos excluir una información que hemos conocido al momento de formar la creencia. En cambio, desde una concepción racional de la prueba, esto supondría un problema si y sólo si no hay una exigencia de motivación de las decisiones judiciales: la motivación ofrecería las garantías necesarias de que la justificación de la decisión adoptada no incorpora la información aportada por la prueba excluida. No interesa aquí si ha incidido o no en los mecanismos psicológicos del juez, sino si éste puede justificar su decisión sin utilizar la prueba que ha sido excluida.

Según Tillers (1983:214), al respecto podemos encontrar varias situaciones en los Estados Unidos: (a) En algunos Estados la relajación de estas reglas se logra mediante el uso del estándar de revisión en apelación que tiende a ‘transformar’ a una admisión errónea en algo inocuo o un error reversible. Así, en algunos de esos Estados se *presupone* que el juzgador no atendió dichas pruebas al momento de tomar la decisión simplemente porque hay un silencio

el juzgador seguirá uno de los dos o más dictámenes existentes, simplemente porque le convence más. Pero la explicación de por qué le convence más normalmente no está jamás en la sentencia, simplemente porque el juez, por su formación, no puede ser capaz de expresarla. ... Ello supone un indudable hándicap para la sentencia, pero tenemos que resignarnos a que sea así en muchos casos.

De ser así, vale la pena preguntarse cuál sería la diferencia entre tirar una moneda al aire y decidir el valor probatorio de un peritaje sin mayor justificación, lo que puede hacerse incluso por corazonadas. Es más, podría sostenerse que resulta preferible la primera opción ya que, al menos, garantiza la imparcialidad del resultado, es barato y rápido.

Pues bien, al adoptar los postulados de la teoría racional de la prueba no se pretende describir cómo de hecho deciden los juzgadores, sino proponer cómo deberían decidir, i.e., se trata de un proyecto normativo, al menos desde el punto de vista epistemológico, respecto de qué debería hacer un juez si pretende alcanzar decisiones racionales sobre las controversias judiciales. En este sentido, se hace referencia a “una noción de racionalidad teleológica para juzgar tanto el diseño procesal de cada sistema jurídico y cada una de las reglas sobre la prueba, como la forma de adoptar las decisiones sobre los hechos en el proceso judicial por parte de los jueces y tribunales.”⁷³

respecto a ellas; mientras en otros se exige que se pronuncie explícitamente sobre ellas. (b) Otros Estados se pronuncian abiertamente sobre la liberalización de las reglas de exclusión en los *bench trials*, considerando que el error es irreversible y, sólo concediendo una apelación cuando el conjunto de elementos de juicio sea insuficiente para fundamentar su decisión o se haga referencia explícita a las pruebas inadmisibles en la determinación de los hechos. (c) Algún tribunal ha sostenido que ciertas reglas de exclusión, como el *undue prejudice*, no son aplicables en los *bench trials*.

⁷³ Ferrer (2007: 20). En el mismo sentido, véase Twining (2006: 79).

3.2. Sobre la epistemología jurídica

Una vez explicitada la concepción de la prueba que subyace en este trabajo, quizá queda claro por qué se sostiene que el proceso es un evento fundamentalmente epistemológico (Pardo, 2005: 1), pues están continuamente en juego cuestiones relacionadas con las creencias, el conocimiento, las pruebas, los estándares de prueba, qué cuenta como determinación de los hechos (*proof*), el razonamiento, la razonabilidad, etc. Así pues, la epistemología o la teoría del conocimiento, como se prefiera, cuyo objeto de estudio son precisamente las creencias, la justificación de las creencias, la verdad de las creencias y el conocimiento tiene, obviamente, mucho que decir sobre la prueba en el derecho.

Dwyer (2008: 21) menciona cuatro aspectos de la determinación judicial de los hechos por los que, en su opinión, la epistemología jurídica es una forma especial (relacionada, pero diferente) de la epistemología clásica.⁷⁴ Éstos son:

- a. Los tribunales están sujetos a reglas que varían de jurisdicción en jurisdicción, que regulan las pruebas que pueden tomarse en cuenta y la importancia que podrían (o deben) darle a ciertos elementos de juicio.
- b. La epistemología clásica está interesada en cómo los individuos desarrollan creencias justificadas, mientras que la epistemología jurídica está interesada en la formación colaborativa (*collaborative formation*) de creencias justificadas.
- c. Las creencias justificadas de los tribunales tienen efectos que van más allá del propio comportamiento de los tribunales y, por tanto, representan una forma especial de razonamiento práctico.

⁷⁴ “Epistemología jurídica” ha sido una expresión hasta ahora común en el análisis de la prueba judicial. Obviamente el sustantivo “jurídica” va mucho más allá del contexto probatorio en el proceso, pudiéndose usar para referir a cualquier ámbito del derecho (V.gr. ¿es posible conocer el derecho?) No desconociendo esto pero siguiendo los usos de los especialistas en el área (Taruffo, 1992; Gascón, 2004; Pardo, 2005; Laudan, 2006; Twining, 2006; Ferrer, 2007; Dwyer, 2008; Haack, 2013a; etc.), entiéndase que con “epistemología jurídica” me refiero exclusivamente a la epistemología de la prueba judicial.

- d. La naturaleza de la relación especial entre el proceso judicial y la verdad, así como la relación entre verdad y justificación puede ser definida más cuidadosamente en el contexto jurídico.

En mi opinión, los argumentos sostenidos por Dwyer no son adecuados. Analizar por qué me permitirá plantear algunos de los presupuestos epistemológicos que fundamentan este trabajo.

Respecto al inciso a, en primer lugar es importante recordar los diversos sentidos en que se puede hablar de “prueba”, que se vieron al inicio de este capítulo y que permiten ubicar con mayor precisión el planteamiento de Dwyer. Me refiero a prueba como medio, prueba como actividad y prueba como resultado y, con ellas, los diversos tipos de reglas cuyo objeto es la regulación de cada uno de éstos (Ferrer, 2007). Es cierto que los juzgadores de los hechos se encuentran constreñidos por normas jurídicas que regulan el ámbito probatorio pero no todas estas normas tienen los mismos efectos. Piénsese en las reglas sobre la libre valoración de las pruebas, donde las normas dejan al prudente arbitrio del juzgador o su racionalidad la tarea de valorar, ahí pareciera que las herramientas de la epistemología general no tienen grandes constreñimientos.⁷⁵ En este sentido, el primer aspecto mencionado por Dwyer me parece susceptible de matices importantes.

Ahora bien, podría decirse que un aspecto que diferencia a la epistemología jurídica es precisamente que su ámbito de análisis *son* las reglas existentes en un sistema jurídico; y, entonces, la pregunta relevante sería qué herramientas de análisis se emplean para ello. Es posible hacer un análisis de las reglas probatorias mediante la identificación de ciertos principios de la epistemología

⁷⁵ Habría que diferenciar entre “libertad de prueba” y “libre valoración” (Dwyer, 2005), pues no es extraño que se confundan o mezclen diversos tipos de libertades en la práctica de la prueba, así tendríamos:

- a. Libre acceso a la información relevante
- b. Libre valoración de la prueba
- c. Libertad de criterios para decidir, o _
- d. Libertad respecto de controles jerárquicos

También llama la atención sobre esto Devis Echandía (1972: 43).

general, como el propio criterio de la relevancia, por ejemplo; o a partir de debates de epistemología general, como el que aquí se pretende sobre el conocimiento o las creencias testimoniales. Estas herramientas servirían para analizar las normas respectivas y saber cuáles de ellas pueden ser calificadas como adecuadas, inadecuadas o neutrales desde el punto de vista epistemológico (Gascón: 2004: 126ss).⁷⁶ Ese conjunto de reglas podía presentar problemas que requiriesen ser abordados *no* sólo con herramientas epistemológicas porque, por ejemplo, dependen de una decisión previa de carácter político (como pasa, por ejemplo, con algunas reglas de exclusión o sobre cuánto beneficio de la duda habría que darle a un acusado).

Una discusión diferente es el tipo de proyecto a realizar bajo la óptica epistemológica. Así, por ejemplo, para Laudan (2006: 3), la epistemología jurídica correctamente concebida incluye dos partes:

- a. Una descriptiva de las reglas probatorias actualmente existentes que promueven la búsqueda de la verdad así como de aquellas que la impiden
- y
- b. Una normativa, que proponga cambios en las reglas existentes para eliminar o modificar aquellas reglas que sean obstáculos graves para encontrar la verdad.

En este sentido, por ejemplo, en “Verdad, error y proceso penal” (2006) propone una serie de directrices o meta-reglas que nos digan qué debemos buscar para decidir si determinado conjunto de reglas probatorias y procesales es epistémicamente conveniente, i.e., conducente a la verdad y si resultan en una reducción del error. Así pues, su proyecto no pretende generar nuevas

⁷⁶ Para Laudan (2006: 3), si presuponemos que el objetivo principal del proceso penal es la búsqueda de la verdad acerca de los hechos delictivos, es indispensable reflexionar sobre si las diversas reglas que regulan todas las cuestiones sobre prueba favorecen o frustran ese objetivo. Por ello, su proyecto está principalmente dedicado a esta tarea. En mi opinión, la justificación de esto es que se centra en el sistema penal estadounidense y piensa en los procesos seguidos ante jurado cuya valoración de las pruebas se tiene como “*black box*” debido a que no están obligados a fundamentar sus decisiones.

reglas y/o procedimientos, sino evaluar las credenciales epistémicas de las existentes.

A diferencia de Laudan, no pretendo analizar un sistema jurídico en concreto, sino que se trata de un proyecto en algún sentido más ambicioso pues pretende aplicabilidad en cualquier sistema donde se prevea el testimonio de un experto como prueba de los hechos. Por ello, no analizaré reglas jurídicas de un sistema concreto, aunque sí citaré algunas normas o criterios jurisprudenciales que considere pudiesen contribuir a mostrar o reforzar las ideas que se planten.⁷⁷

Por otro lado, Dwyer (2008: 15) asume una noción de epistemología vinculada a las creencias verdaderas justificadas, afirmando que:

si consideramos que la epistemología clásica está interesada en la justificación de las creencias, entonces la epistemología jurídica debe ... estar interesada en la generación y justificación de las creencias en el contexto jurídico, principalmente en la justificación de las creencias formadas por el tribunal (2008: 20).

Sobre esta cuestión, en mi opinión, hay que distinguir los estados mentales del juzgador respecto al *resultado probatorio* considerando el conjunto de elementos de prueba que se tiene para dar por probado que P y respecto de elementos de prueba concretos, como la prueba pericial; los objetos del estado mental pueden ser muy diversos. Si tomamos en consideración el conjunto, éste puede estar conformado por reglas que especifiquen el valor probatorio (reglas de prueba tasada) o aquello que se tiene que tener por probado (v.gr.

⁷⁷ Me centraré sólo en dos grandes familias de sistemas jurídicos, el *common law* y la tradición romano-germánica. Y, aún más concretamente, aunque no sólo, en el sistema estadounidense y en el español. Mi interés en el sistema estadounidense se justifica en su basto desarrollo teórico, prácticamente desde el siglo XVII, y jurisprudencial en el tema de la prueba en general (y, en la prueba pericial al menos desde 1923); en la influencia que ha tenido en otros sistemas jurídicos del ámbito anglosajón (Inglaterra, Australia, Canadá, etc.) e incluso fuera de él (Italia, Colombia, México, etc.); y, sobretodo, en los planteamientos epistemológicos que han hecho sobre diversos problemas probatorios (no necesariamente en sus respuestas) .

las presunciones o algún hecho aceptado por las partes) y, por ello, muchas creencias del juez resultan irrelevantes.⁷⁸ Por estas y otras cuestiones, creo que es la *aceptación* del juez y no las creencias las que dan cuenta de la actitud proposicional respecto las proposiciones que en un proceso judicial se declaran finalmente probadas.⁷⁹

En cambio, estas limitaciones no suelen estar en elementos de prueba concretos, particularmente cuando se trata de la prueba pericial; y, por ello, las *creencias justificadas* podrían dar cuenta de la actitud proposicional del juez cuando de elementos de juicio se habla.

Ahora bien, el vocabulario utilizado en la bibliografía sobre el testimonio es sumamente variado respecto de las actitudes proposicionales en juego, algunos autores hablan sobre las creencias testimoniales (*testimony-based belief*), otros sobre el conocimiento testimonial (*knowledge base on testimony*), algunos más sobre la justificación testimonial (*testimony-based justification*),⁸⁰ y otros incluso sobre la aceptación testimonial (*testimony-based acceptance*).

⁷⁸ Si, siguiendo a Ferrer (2005: 95), asumimos que un enunciado probatorio tiene la forma “Está probado que P”, podemos distinguir dos proposiciones: “P” y “está probado que P”. Las creencias relevantes del juez deben estar referidas a “está probado que P”, concretamente a la creencia de que hay elementos de juicio suficientes a favor de P. Ahora bien, “dado que la suficiencia de los elementos de juicio a favor de P es puramente relacional al conjunto de elementos de juicio existentes en el expediente judicial, no puede decirse sin más que la creencia en que está probado que P pueda ser una razón suficiente para creer en P” (Ferrer, 2005: 95).

⁷⁹ Véase Ferrer (2005), especialmente el tercer capítulo, como bibliografía obligada sobre el tema. También puede verse Ho (2008).

⁸⁰ En las primeras páginas de *Learning from Words*, Lackey (2008: 8) especifica su uso sobre los términos “*justification*” (justificación) y “*warrant*” (aval) que, una vez advertidas las diferencias entre ambos, usará de forma indistinta para aludir a aquella “propiedad que es necesaria y que, cuando se añade al binomio creencias verdaderas, es cercana a ser suficiente para tener conocimiento con base testimonial. ... Es decir creencias verdaderas, *no-Gettier*, justificadas/avaladas.” Ahora bien, su énfasis en intercambiar esos términos es para evitar la pugna entre los internalistas y los externalistas; si no fuera de este modo, afirma, se hubiese decantado por usar sólo “justificación” dados los dos componentes que encuentra en él:

- a. Un componente objetivo, la fiabilidad.
- b. Un componente subjetivo, la racionalidad.

Ambos componentes, como se verá, jugaran un rol crucial en su teoría.

Gran parte de la discusión sobre la justificación y el aval proviene de la discusión previa sobre el conocimiento como creencias verdaderas justificadas después de que Edmund Gettier suscitara serias dudas sobre la *suficiencia conjunta* de esa noción tripartita en su “*Is Justified True Belief Knowledge?*”; se empezó entonces a matizar diciendo que la justificación (junto con

Otra cuestión a debatir es que Dwyer presupone que la epistemología general es una “epistemología clásica”, centrada en la justificación de las creencias individuales, mientras que la epistemología jurídica estaría interesada en un tipo de formación de creencias colaborativo. Sin embargo, en mi opinión, si bien es cierto que la epistemología general ha estado centrada tradicionalmente en la perspectiva individual, también lo es que en los últimos

la verdad) no es una condición suficiente, sino una condición necesaria y *cercana a suficiente* para el conocimiento.

Para Plantinga (1993b: 3):

Hay algo normativo o evaluativo implícito en la noción de aval. Atribuir aval a una creencia es valorar esa creencia de forma positiva; y usamos los términos ‘justificación’, ‘aval’ o ‘términos de evaluación epistémica’ para ello. Decir que una creencia está avalada o justificada para una persona es evaluar ésta o al agente (o a ambos) de forma positiva; que él mantenga esa creencia en un sus circunstancias es correcto, adecuado, aceptable, aprobado, cumple el estándar. ... [V]aloramos no sólo la creencia, sino el grado en el cual es aceptada. ... ¿Cómo debemos llamarle a esa cantidad?” ¿Justificación o creencia?

La epistemología del siglo XX, afirma en otro lugar Plantinga (1993a: vi), dio pie a una gran diversidad de respuestas en torno a la pregunta sobre qué es exactamente la justificación: algunos consideraron que está íntimamente conectada con el deber y la responsabilidad (como Bonjour, que la asumió como el logro de los objetivos epistémicos de forma responsable); otros diciendo que implicaba tener pruebas sobre una creencia (Haack); otros como un tipo de medida respecto cuán bien el agente ha satisfecho sus objetivos epistémicos (Lehrer); otros diciendo que se trata de que las creencias sean producidas mediante un mecanismo, proceso o facultad de producción de creencias fiable (Goldman,); etc. En cualquier, según Plantinga (1993b: 4), el término “justificación” sugiere deberes, obligaciones, exigencias; “es fragante de permisos y derechos; remite a la idea de exoneración, no sujeto a culpa, connota toda una cabelleriza deontológica”.

En opinión de Plantinga (1993: v), el internalismo es un conjunto de concepciones, relacionadas entre ellas sutilmente, respecto al especial acceso epistémico a su justificación o a su aval del agente que conoce, i.e., X sabe, con un acceso privilegiado, que una proposición o creencia está justificada o avalada para él. Mientras que, por su parte, las concepciones externalistas defienden que el aval o la justificación no dependen de factores internos de forma relevante al agente que conoce.

Yo usaré “justificación” debido a que los juristas, que integran el público principal al que me dirijo, quizá con notorio énfasis en los estudiosos del proceso judicial, están ampliamente familiarizados con ese término, concretamente respecto de las decisiones judiciales. En el marco de la justificación de las decisiones judiciales, este trabajo trata sólo sobre la justificación de las decisiones de juez en materia fáctica, más específicamente sobre la justificación del uso en su razonamiento probatorio de información experta adquirida a través de un tercero. Ahora bien, no me comprometo con una noción deontológica de la justificación, sino más bien con una concepción evidencialista.

Dentro de las concepciones evidencialistas, Haack (2009: 19), por ejemplo, aborda las nociones de “justificación” y “aval” en los términos siguientes:

[a efectos de] coordinar los aspectos causales y evaluativos de las pruebas y la justificación, cuán avalada está una afirmación para una persona en un tiempo determinado en términos de la cualidad de la pruebas que ésta posee en dicho tiempo; y cuán justificada está en creerla en términos de la cualidad de las pruebas que de hecho la mueven a creer. En el mejor de los casos, cuando lo que mueva a una persona a creer algo es todas las pruebas relevantes que posee, y sólo eso, el grado de aval y el grado de justificación coinciden.

años ha habido una cada vez más amplia discusión sobre la llamada epistemología social; por ello, el argumento de que la epistemología general es *necesariamente* clásica o individualista es muy discutible. Así, por ejemplo, para aquellos que asumen cierta dimensión social del conocimiento, la epistemología jurídica no sería más que una aplicación al ámbito jurídico de la epistemología social general.⁸¹

No discutiré si la epistemología debe ser social o no, sino que me interesa recalcar el aspecto social de la epistemología del testimonio experto en particular, pues es un escenario en el que se tiene una interacción entre al menos dos agentes cognitivos, la dependencia epistémica de uno de ellos y las condiciones sociales del conocimiento experto de las que se ha hablado a lo largo del capítulo. Sin embargo, dejaré todo lo referente a la epistemología social para el siguiente epígrafe.

Respecto de los efectos que, en opinión de Dwyer, llegan a tener las creencias justificadas del juzgador vale la pena hacer dos matices. Primero, no todas las creencias *justificadas* del juzgador tienen los mismos efectos: por ejemplo, una creencia puede estar justificada porque la hipótesis en juego es la más probable según los elementos de juicio, pero puede no ser suficiente para satisfacer el estándar de prueba dado que éste es, como suele ser en materia penal, muy exigente. En ese caso, las creencias están justificadas en cierto grado pero no tendrían efecto alguno o bien podrían quedar sin efecto dada la posibilidad de instancias posteriores. Y, segundo, los efectos que Dwyer supone *sólo* para las creencias de los juzgadores son también muy discutibles: podríamos pensar, por ejemplo, que las creencias de los médicos que hacen un diagnóstico que le llevan a prescribir determinados medicamentos tienen

⁸¹ Es cierto que, al igual que en la epistemología general, en el análisis epistemológico de la prueba jurídica se ha asumido quizá implícitamente que las fuentes de justificación epistémica son la percepción, la memoria y el razonamiento inferencial; y, por ello, la justificación de un testimonio dependería necesariamente de esas otras fuentes. La percepción ha sido, fundamentalmente, la fuente de conocimiento más valorada por los estudios de la institución probatoria, confundiendo su necesidad para hacer operativas otras fuentes de conocimiento con la justificación del conocimiento obtenido. Al respecto, véase Andrés Ibáñez, (2003).

también efectos sumamente importantes no sólo en los pacientes sino incluso en sus familiares.

El último aspecto que supuestamente diferenciaría a la epistemología jurídica sería el razonamiento práctico implicado de alguna manera en las creencias justificadas del juzgador. En primer lugar, la explicación que Dwyer (2008: 23) ofrece al respecto no me parece satisfactoria dado que mezcla cuestiones tan diversas como la definitividad de la decisión sobre los hechos como efecto jurídico, los efectos personales de la decisión fáctica sobre las partes y la propia toma de decisión. Al pretender diferenciar a la epistemología jurídica de la epistemología en general, debería centrarse en estas cuestiones y, por ejemplo, desarrollar algo así como la actuación de los juzgadores con base en sus creencias justificadas. Sosteniendo, entonces, alguna tesis del tipo: “es epistémicamente apropiado usar la proposición que p en el razonamiento práctico si y sólo si uno cree justificadamente que p” o, en una versión más débil, “es epistémicamente apropiado usar la proposición que p en el razonamiento práctico si uno cree justificadamente que p”.⁸²

Claramente podría discutirse si las creencias justificadas son suficientes para actuar de una forma determinada *en el contexto probatorio*,⁸³ el grado de justificación necesario o incluso sobre la calidad de dicha justificación y, antes de ello, si el razonamiento práctico supone necesariamente razones epistémicas.⁸⁴ Ahora bien, pese al interés de los temas en cuestión, no es tan

⁸² Tal vez Dwyer adoptaría la versión más fuerte si también sigue en este punto a Williamson (2005: 231), para quien X conoce q si y sólo si q es una premisa apropiada para el razonamiento práctico de X.

⁸³ Aquí surgiría el problema de la contextualidad para las creencias dado que las creencias son *all things considering*. En el ámbito jurídico ha abordado este tema Ferrer (2005: 90 ss).

⁸⁴ Una interesante propuesta para aquellos interesados en la epistemología de las virtudes es la justificación práctica epistémica (*practical epistemic justification*) de Montmarquet (2007). El argumento es que tal justificación depende de la calidad de los esfuerzos del agente para encontrar fundamentos satisfactorios para actuar de una forma determinada; esto presupone que para el razonamiento práctico la responsabilidad es el factor primordial: uno está legitimado (*entitled*) para actuar con base en creencias que son sostenidas de forma responsable. Así, Montmarquet vincula este tipo de justificación a una concepción responsabilista de la epistemología de las virtudes.

relevante para un trabajo sobre la prueba pericial como lo sería para analizar la toma de decisión sobre los hechos, por ello no ahondaré más en el tema.

Por todo lo esgrimido en este epígrafe, en mi opinión, la epistemología jurídica o es epistemología general o es aplicación de la epistemología a un contexto con problemas específicos, dependiendo del ámbito de la prueba del que se esté hablando. Así pues, la epistemología “nos permitirá entender mejor las prácticas y los objetivos de la institución probatoria en el derecho, así como dar cuenta de los compromisos epistémicos y de la complejidad en la toma de decisión” implícitos en este ámbito jurídico (Pardo, 2005:3).

3.3. La epistemología social a propósito del testimonio experto

El punto de partida tradicional en la epistemología ha sido predominantemente la perspectiva de la primera persona, el sujeto cognoscente autónomo; así, se ha considerado que el conocimiento debe tener una base individual y/o las creencias sustentadas en la experiencia directa y/o en el razonamiento personal, confiando sólo en sus propias facultades cognitivas y sus poderes de investigación e inferencia. En otras palabras, parecería que un individuo estaría justificado en creer una proposición sólo en caso de que tenga suficientes pruebas de su verdad bajo su propio estándar.⁸⁵

Aun así, pese a que desde Descartes la historia de la epistemología ha estado enfocada en planteamientos de problemas referidos a un individuo aislado, no se ha dejado de tomar en cuenta el hecho de que el acceso al conocimiento suele estar mediado por nuestros semejantes, lo que no se trata simplemente de si somos recipientes pasivos de la información que otros nos brindan, sino que cuando reflexionamos sobre determinada cuestión también usamos

⁸⁵ Según Schmitt (1994: 4 ss), al menos en lo referente a las creencias testimoniales, se puede distinguir entre un individualismo fuerte (todas las creencias deben estar justificadas por la experiencia directa) y otro débil (las creencias testimoniales pueden estar justificadas pero siempre sobre la base de creencias no testimoniales). No es este el lugar para ahondar en tan compleja trama, más bien iré discutiendo algunos de los puntos del individualismo débil en tanto sean necesarios para la discusión “social” concerniente.

información que ha sido generada por otros. Según Martínez (2003: 39), “sólo al filósofo inventado por la sociología del conocimiento poskuhniana se le ocurre negar el hecho obvio de que la cognición humana está mediada siempre por factores sociales”. En este sentido, la discusión más bien se cierne sobre el tratamiento de dicha socialización del conocimiento.

En principio, las posiciones al respecto pudieran ubicarse en una línea según la importancia brindada al aspecto social, en donde los extremos podrían identificarse con aquello que Kitcher (1992: 246), al explicar las interacciones que causan cambios en la empresa científica, llama:

a. El principio de la *transparencia social (the principle of social transparency)*: dado un estado inicial de la ciencia y un conjunto fijo de interacciones entre los científicos y la naturaleza, el estado sucesivo es totalmente independiente de las relaciones sociales.

Y, en el otro extremo,

b. El principio de la *determinación social (the principle of social determination)*, que afirma que las consideraciones sobre el mundo y su impacto en científicos individuales son irrelevantes; el desarrollo de la ciencia es independiente de la interacciones causales entre los científicos y la naturaleza.

Digamos que un primer grupo de concepciones que adoptan el principio de la transparencia, aun cuando reconocen la existencia de cierto tipo de relaciones sociales y de información compartida socialmente, sostienen por muy diversas razones la total independencia de éstas para el conocimiento individual. Los roles que podría asignárseles a las relaciones sociales podrían ser, por ejemplo, como soporte de cierto método, como extensión de ciertas facultades individuales como la percepción o como prevención en la adquisición de conocimiento (Schmitt, 1994: 1 ss). Mientras, el segundo grupo de concepciones, bajo el principio de la determinación social, sustentaría precisamente que dichas relaciones son absolutamente determinantes del

conocimiento individual o “conocimiento” *tout court*; entre éstos últimos ubicaríamos tanto a los relativistas y los constructivistas.⁸⁶

En esa línea que va del extremo de la transparencia social al otro extremo de la determinación social, se ubican muy diversas posturas que han sido objeto de estudio de la llamada “epistemología social”,⁸⁷ entendida como el estudio conceptual y normativo de la relevancia de las relaciones sociales, roles, intereses e instituciones para el conocimiento (Schmitt, 1994: 1). Hacer un análisis exhaustivo sobre todas las corrientes implicadas, y las diversas formas en que tan amplia noción es entendida, rebasa por mucho los objetivos de este capítulo, por lo que sólo a efectos de situar la posición en que me basaré considero importante trazar a grandes rasgos el mapa de esta epistemología.

Para ello seguiré inicialmente el esquema de Goldman (2006), con el objetivo de mostrar cómo los epistemólogos sociales difieren sustantivamente en el significado de “conocimiento”, de “social” y los derivados de éstos. Así pues, atendiendo primero la noción de “conocimiento” (o quizá de “epistemología”) en juego, los proyectos que se identifican como parte de una epistemología social pueden ser clasificados como clásicos o anti-clásicos.

Las versiones clásicas de la epistemología social agruparían proyectos que podrían considerarse como una extensión de la epistemología individualista, pues sostienen explícitamente que tienen los mismos objetivos de la epistemología clásica, es decir, la adquisición de creencias verdaderas o la justificación de creencias individuales. Así, por ejemplo, para Kitcher (1994:

⁸⁶ Al respecto véase un amplio panorama y una crítica muy clarificadora en Hacking, 1999.

⁸⁷ Según Goldman, Jesse Shera (1970: 86), fue la primera en utilizar “epistemología social”, aunque lo hizo en términos muy genéricos: “[l]a epistemología social es el estudio del conocimiento en sociedad. ... El eje central de esta disciplina debe ser la producción, la circulación, la integración y el consumo de todas las formas de transmisión de conocimiento (*communicated thought*) a través de la fábrica social en su totalidad” (Goldman, 2006). Sin embargo, mucho antes se pueden identificar diversos filósofos con preocupaciones que ahora pudieran agruparse dentro de la epistemología social.

Debe distinguirse la “epistemología social” de la “sociología del conocimiento”. A diferencia de la epistemología, la sociología está constituida más bien por estudios empíricos de las condiciones o causas sociales contingentes del conocimiento o lo que se tiene por conocimiento en una sociedad determinada (Schmitt, 1994: 1)

113) el punto donde la epistemología se convierte en social es en la apreciación de la posibilidad de que si un sujeto está justificado (o si un proceso de formación de creencias se considera como “fiable” en el sentido pertinente) depende de las propiedades de otra persona o de un grupo al que dicho sujeto pertenece.

Algunos de estos epistemólogos que pretenden dar cuenta de la adquisición de creencias verdaderas, tienen como objetivo estudiar el impacto de ciertas prácticas sociales en los valores de verdad de las creencias de los agentes o en la adquisición de conocimiento (entendido al menos como creencias verdaderas). Por ejemplo, para Goldman, la epistemología social o *epistemics* debería identificar y evaluar los procesos sociales mediante los cuales los sujetos epistémicos interactúan con otros agentes que ejercerían una *influencia causal* en sus creencias. O, según afirma Kitcher (1994: 114), “la epistemología social debería estar interesada en la organización de comunidades de sujetos que conocen (*knowers*) y en los procesos que tienen lugar entre éstos dentro de tales comunidades que promueven la adquisición de creencias verdaderas tanto colectivas como individuales”⁸⁸

Por otro lado, las llamadas versiones anti-clásicas de la epistemología social consideran que lo social va mucho más allá de la mera *transmisión* de conocimiento o información de un individuo a otro; primero, no se trataría de algo que posean los individuos sino un grupo de ellos, una colectividad, etc., por lo que el objetivo epistemológico es describir y/o entender las normas de racionalidad con que operan dichos entes; y, segundo, los mecanismos cognitivos mediante los que se produce conocimiento son intrínsecamente sociales.

⁸⁸ En el mismo sentido, Kornblith (1994: 107):

[l]a pregunta apropiada para la epistemología social es... una acerca de la relación entre nuestras instituciones sociales y la verdad: ¿en qué medida nuestras instituciones sociales favorecen y refuerzan la adquisición social coordinada de creencias verdaderas (*truth-linked*)?, ¿bajo qué condiciones, por el contrario, interfieren con la adquisición, retención y divulgación de creencias verdaderas?

Algunas de estas corrientes, las más extremistas, incluso hacen poco, cuando no nulo, uso de conceptos como verdad o justificación pues los consideran más bien inútiles; así, al abordar las cuestiones sociales del conocimiento, entienden “conocimiento” como aquello que es *creído*, básicamente las creencias “institucionales” en una comunidad, cultura o contexto. Por ejemplo, Bloor (1976: 5) considera que “la definición de conocimiento apropiada sería diferente de la concebida por un lego o por un filósofo. En lugar de definirlo como creencias verdaderas –o, tal vez, como creencias justificadas y verdaderas- el conocimiento es cualquier cosa que la gente tome como conocimiento”.

También dentro de las versiones anti-clásicas, en una posición menos extrema, hay algunos epistemólogos sociales que sostienen que la noción principal es la “racionalidad” y no el “conocimiento”.⁸⁹ Suelen argumentar que los diversos “*embodiments of knowledge*” no tienen en común ningún contenido proposicional con un estatus distintivo sino una especie de habilidad (*knowing how*) que al ser empleada de muy distintas maneras, dirige o regula las actividades de los sujetos o sus conductas sociales (Kitcher, 1994: 117). Así pues, la epistemología tendría que ver con los estándares epistémicos implícitos en *prácticas*, y no explícitos en principios o teorías; por ello, suponen que es más natural pensar que la tarea central de la epistemología es regular la indagación en los diferentes ámbitos de la vida humana de manera racional, el acto del entendimiento, y no la creencia se debería constituir en el tema central de la epistemología (Martínez, 2003: 46).

Una vez desplegado el “menú” respecto a los diversos proyectos que pueden encontrar en la epistemología social atendiendo a los objetivos de lo que consideran su carácter “epistémico”, veamos cómo se podría entender “social” y las posibilidades que ahí se muestran. Posteriormente, una vez hecho esto, podría estarse en condiciones de situar este trabajo en una postura más concreta.

⁸⁹ Al respecto, cfr. Martínez (2003); Goldman (2004).

Es posible aquí utilizar dos criterios diversos para identificar las muy distintas concepciones de “social” que, evidentemente, nos llevan a concepciones distintas de la epistemología en análisis: su relación con la racionalidad y las relaciones constituyentes. El primero básicamente respondería a una preocupación clásica, ¿son los *factores* sociales contrarios a la racionalidad?; mientras el segundo está vinculado con el tipo de *relaciones* que se conciben entre los individuos.

Como es posible imaginarse, tendríamos aquí dos grupos en función de si responden positiva o negativamente a la compatibilidad entre “social” y “racional”:

- a. Un primer grupo formado por quienes responden que son incompatibles, consideran que los factores sociales refieren fundamentalmente a varios tipos de “intereses”⁹⁰: intereses de clase, intereses políticos, económicos o cualesquier otro relacionado con éstos.
Obviamente, esta clase de supuestos está asociada a los proyectos de la epistemología social anti-clásica que asocian el conocimiento a aquello que la gente cree.
- b. Un segundo grupo de autores, en cambio, integrado por quienes consideran que sí hay cierta compatibilidad entre ciertos intereses, incluidos los intereses personales o profesionales.
Muchas teorías de la ciencia que buscan escapar a la conclusión relativista de los construccionistas sociales reconocen la importancia de ciertos factores pragmáticos no epistémicos en la elección de teorías.

⁹⁰ Según Martínez y Suárez (2008: 59), hay que distinguir entre “valores” e “intereses”, mientras los primeros guiarían nuestros juicios, los segundos guiarían nuestras decisiones. Sin embargo, afirman, para muchos autores los valores son objetivos sólo en la medida en que forman parte de juicios.

Por otro lado, si atendemos al tipo de relación constitutiva implicada en “social”, podemos identificar dos grupos:

- a. Los que consideran que “social” está conformado simplemente por cualquier tipo de interrelaciones entre dos o más individuos o redes de relaciones entre individuos.
- b. Y, aquellos que apuntan a propiedades relevantes de ciertas entidades colectivas que supuestamente no podrían ser reducidas a propiedades de individuos o a relaciones entre éstos.

Fuller, por ejemplo, ha planteado invertir la imagen tradicional del conocimiento que lo concibe como una producción individual que luego se transforma en conocimiento de una colectividad a través del uso de criterios sociales de evaluación y transmisión de esa producción; en cambio, en su opinión, el conocimiento debería considerarse en primer lugar como un fenómeno colectivo y sólo derivadamente como un fenómeno individualmente localizado. Ahora bien, se originan al menos dos grandes cuestionamientos respecto de las entidades colectivas. Por un lado, ¿cuál sería su “estatus ontológico”? y, por otro, ¿podríamos adscribirles estados intencionales y epistémicos?⁹¹

Una vez delineado un mapa de posibles proyectos de la epistemología social, puedo especificar el tipo de empresa que podría dar sustento a este análisis. Aunque en el resto del trabajo intentaré profundizar mucho más al respecto, por ahora me basta con enunciar cuál creo que podría ser la mejor explicación del carácter social (constitutivo) del testimonio experto en el contexto jurídico-procesal.

Primero, una *versión clásica* de la epistemología social que asuma como parte fundamental de las áreas de conocimiento el reto de dar cuenta de la verdad; pero también un proyecto que pretenda dar cuenta de la justificación de un individuo en la adquisición de información a través de terceros. Estas dos

⁹¹ Al respecto puede consultarse, Goldman (1999).

desiderata, en mi opinión, son indispensables para el ámbito jurídico-probatorio pues, por un lado, aunque sea sólo a efectos pragmáticos se debe respetar una relación teleológica con la verdad, si es que se pretende sostener que una de las funciones del derecho es motivar la conducta de los ciudadanos (Ferrer, 2005); y, por otro, a efectos de la valoración de la prueba pericial necesitamos establecer bajo qué condiciones podríamos decir que el juez o el juzgador de los hechos está justificado en aceptar el resultado de una prueba pericial.

Y, segundo, en cuanto al aspecto *social* de la epistemología, lo entenderé también en un sentido relativamente conservador, es decir, que implica la interacción *entre individuos* (Haack, 2007a: 69). Y enfatizo relativamente porque sostendré también que los intereses sociales incluyen los intereses personales y profesionales de los individuos, por lo que doy pie a una tesis compatibilista. Una concepción que enfatice las interacciones de los operadores judiciales con los expertos, en un contexto en que no se puede obviar que éstos suelen tener cierto tipo de intereses que afectan de alguna manera dicha interacción.

El testimonio y la *expertise* son una instancia clara del aspecto social del conocimiento. El testimonio supone la interacción de al menos dos agentes, la audiencia y el hablante, en la adquisición de conocimiento; la *expertise*, además del aspecto eminentemente individual que supone, tiene un ámbito indiscutiblemente social en la evaluación y progreso de aquello que se considera conocimiento especializado.

4. La prueba pericial y la justificación testimonial

En los últimos años, los criterios de valoración de la prueba pericial han sido el centro de atención de la jurisprudencia y de muchos de los estudiosos del tema.⁹² Y también en este tiempo reciente se han planteado dichos criterios no sólo para la etapa de valoración propiamente dicha sino también para la admisión de las pruebas periciales.

Así pues, es posible encontrar un listado *in crescendo* de criterios orientadores de la valoración. Abel Lluch (2009: 137 a 159) hace referencia a criterios inherentes a la persona del perito, criterios relativos al objeto del dictamen; criterios relativos a las operaciones periciales, criterios relativos a la contradicción del dictamen y criterios derivados de principios del derecho probatorio y la doctrina jurisprudencial. Por su parte, Nieva (2010: 288 a 309) alude a la profesionalidad del perito, el cumplimiento de los requisitos internos del dictamen, la coherencia interna y la razonabilidad del dictamen pericial, el seguimiento de parámetros científicos de calidad en la elaboración del dictamen y el uso de resultados estadísticos, el contraste del parecer expresado en el dictamen, la contradicción entre dictámenes periciales, el seguimiento del dictamen pericial por el juez y la declaración del perito.

Tales criterios constituirían, en términos de Igartua “cánones singulares”, específicos para la prueba pericial, aunque algunas veces se presentan como meras concretizaciones para ese tipo de prueba de otras “fórmulas generales” y otras veces sólo se ofrecen directamente fórmulas generales, como la sana crítica, el libre convencimiento o el prudente arbitrio del juzgado (Igartua, 2007:1),⁹³ señalándose como únicos límites para que tal valoración no sea

⁹² Sin embargo, creo que se comete un error cuando se plantea como objetivo únicamente la identificación de *qué* criterios de valoración deben utilizarse sin plantearse simultáneamente para qué, es decir, en función del objeto de valoración serán o no apropiados los criterios propuestos. Lo que, como se verá, depende no sólo de la concepción sobre la prueba sino fundamentalmente de la concepción testimonial en juego.

⁹³ Así, por ejemplo, la jurisprudencia española respecto a la prueba pericial señala que al no ser vinculantes “el criterio del juzgador en su valoración es soberano” (STS de 17 de noviembre de 1983. Un criterio que me parece bastante temerario, considerando sobre todo el derecho a

contraria al razonar humano, no se “conculquen las más elementales directrices de la lógica y el común sentir de las gentes” y “no se tergiversen ostensiblemente [las conclusiones] del perito o se falsee en forma arbitraria sus dictados o extraiga deducciones absurdas o ilógicas”.⁹⁴

Estas fórmulas supuestamente también harían las veces de estándares de prueba, por lo que no son meros criterios de valoración aplicables a elementos de prueba concretos sino que especificarían cuándo se debe tomar una u otra decisión,⁹⁵ pero ¿los estándares citados, eminentemente subjetivos, no dejan a la discrecionalidad del juez la decisión de cuándo las pruebas son suficientes para justificar el fallo? Más allá de este gran problema que no puede ser abordado aquí, debe resaltarse otra cuestión que resulta incoherente. La doctrina está interesada en plantear criterios objetivos para la valoración de la prueba pericial pero una vez que el juez evalúa los elementos de prueba concretos se abandona su toma de decisión a criterios tan subjetivos como la sana crítica o la decisión en conciencia. Resultando, entonces, un gran incoherencia entre los diversos niveles probatorios, es decir, entre la valoración de elementos de prueba concretos y la valoración de todo el conjunto de pruebas.⁹⁶

4.1. Sobre la imparcialidad pericial

Uno de los criterios más usados, sobre todo en los sistemas de tradición romano-germánica, tanto para favorecer la admisión de pruebas periciales como para su valoración ha sido la neutralidad o imparcialidad del perito. Entendida, en términos sumamente generales, como la ausencia de un tipo de relación con las partes; dicha relación podría establecerse, por ejemplo, por la

la prueba reconocido en la mayoría de las constituciones de los países democráticos); o que “debe aplicar sus propias máximas de experiencia personales o técnicas y analizar el grado de persuasión de sus razonamientos” (SSTS de 21 de noviembre de 1996 [RA 8635] y 20 de marzo de 1995 [RA 3256]).

⁹⁴ STS 618/2006 de 19 junio, sala de lo civil, sección primera; cfr. por todos STS 1149/1996, sala de lo civil).

⁹⁵ Así lo considera, por ejemplo, Abel Lluch (2012b: 198).

⁹⁶ Sobre la coherencia entre los diversos niveles probatorios, véase Pardo (2013).

forma en que es seleccionado el perito o incluso por quién debe pagar sus honorarios o en función del acuerdo entre las partes en el contenido del peritaje.

En todo caso, tanto la jurisprudencia como la dogmática suelen derivar de esa ausencia de relación del *perito* con una de las partes una serie de consecuencias sobre el contenido o resultado de la prueba pericial, sin explicitar mayor fundamento de la inferencia respectiva. Como ejemplo consideremos la sentencia del Tribunal Supremo español de 5 de noviembre de 1998:

Todo acto declaratorio de ruina legal encuentra su causa en una situación de hecho para cuya apreciación son esenciales los informes periciales, a valorar -artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- a la luz de las reglas de la sana crítica, siendo uno de los *criterios básicos* a tener en cuenta, el de la *independencia* de los técnicos autores de los informes, respecto a los intereses en juego, lo que, desde luego, *viene a servir de suficiente garantía a la imparcialidad de sus apreciaciones*, siendo evidente que conforme a ese criterio, los dictámenes presuntamente *más objetivos* son, en principio, los de los técnicos municipales y los de los peritos procesales nombrados por insaculación o por acuerdo entre las partes...

O el criterio histórico también de la jurisprudencia española que afirma que “deben preferirse los dictámenes [emitidos] por organismos oficiales o por peritos no designados por las partes”; “que la pericia judicial *se antoja más objetiva e imparcial* que la pericial de parte, la cual adolece de excesiva complacencia para quien la contrató.”⁹⁷

⁹⁷ Sentencia de 21 de junio de 1983 del Tribunal Supremo español y STS de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de diciembre de 2004 respectivamente. También puede verse, por todos, López-Muñiz Goñi (2008: 368-377) y Abel Lluch (2009: 140 ss), citando además amplia jurisprudencia española sobre esta preferencia.

Y, en la dogmática, Botter (1982: 84), entre otros muchos, enumera las supuestas ventajas que tiene un perito imparcial de designación judicial: ayuda al juez de los hechos a llegar a un resultado correcto, aumenta la predictibilidad de las decisiones, ayuda en la valoración del caso, pone a disposición expertos cualificados y fiables que, de otra manera, se rehusarían a participar y provee de un peritaje que disminuirá el tiempo del proceso. No hace falta mucho para advertir los *non sequitur* del argumento de Botter; así, por ejemplo, un perito imparcial podría generar resultados incorrectos, un perito imparcial podría no ser el más cualificado para el caso concreto, etc.

Quizá el problema es que ninguno de estos autores ni criterios jurisprudenciales toma en cuenta la ambigüedad del término “parcialidad” (y correspondientemente de su antónimo “imparcialidad”). En mi opinión, es posible distinguir al menos tres posibles sentidos de “parcialidad”:

- a. Como relación directa con una de las partes por su selección
- b. Como disposición motivacional para favorecer a alguien
- y
- c. Como la presencia de sesgos cognitivos dadas ciertas predisposiciones cognitivas y/o información deficiente.⁹⁸

Para evitar la ambigüedad, haré referencia a estos tres sentidos, respectivamente, como parcialidad de origen, parcialidad disposicional y parcialidad cognitiva. Es posible que los dos primeros tipos de parcialidad, a diferencia del tercero, dependan en un sentido más fuerte de la voluntad del perito; la parcialidad debida a sesgos cognitivos, en cambio, podría ser fácilmente remediable si el experto asumiera dicha falta y, por ejemplo, incorporara la información faltante a su análisis o reevaluara sus resultados en función de la falta de información. Aunque los tres tipos podrían estar

⁹⁸ Es importante diferenciar, en la medida de lo posible, las preconcepciones de los prejuicios. Podría decirse que las primeras están relacionadas con cómo conocemos o cómo percibimos el mundo, mientras los segundos son una cuestión psicológica cuyas fuentes o causas son extremadamente variadas.

relacionados, es importante diferenciar el tipo de parcialidad que está en juego, incluso porque los mecanismos procesales necesarios para controlar uno u otro tipo son muy diversos, como lo son los mecanismos para controlar las deficiencias cognitivas de propio juez que fueron anteriormente mencionadas.

La jurisprudencia y la doctrina al tratar la imparcialidad del perito se suelen concentrar en la imparcialidad de origen, con lo que *conceptualmente* el perito nombrado por el juez es imparcial y el de parte es parcial en ese sentido; ahora bien, ese hecho no necesariamente implica una parcialidad disposicional ni cognitiva. Si no aceptamos esto, por ejemplo, resultaría bastante difícil dar cuenta de los casos en que el peritaje ofrecido por un perito de origen parcial es correcto.

Ahora bien, distinguir los distintos sentidos de parcialidad permite también replantear el problema de los desacuerdos entre peritos, que suele verse exclusivamente como el resultado de la relación de al menos uno de ellos con alguna de las partes.⁹⁹ Sin embargo, concebir los desacuerdos de esta manera no permite explicar, y tal vez mucho menos prever mecanismos para afrontar, un desacuerdo teórico entre dos peritos imparciales de origen, situación que pareciera ser común en la práctica. En definitiva, no todo desacuerdo entre expertos tiene que ver con una parcialidad de origen y no necesariamente debe haber desacuerdo entre peritos que tengan ese tipo de parcialidad.

Al parecer, los sistemas jurídicos tienen cierta preferencia por la *no-contraposición* entre expertos, quizá presuponiendo la incapacidad del juez para entenderlos y decidir entre ellos. En consecuencia, se tiende a acudir a figuras como el perito tercero en discordia para resolver ese tipo de situaciones o al uso de criterios numéricos de decisión como el llamado “principio de

⁹⁹ Sólo por mencionar un ejemplo, Dwyer (2008: 136) nos habla de cuatro posibles tipos de desacuerdos entre expertos: la base de hechos relevantes, el conjunto de generalizaciones aplicable, la aplicación de ese conjunto a los hechos y la elección entre dos versiones posibles de los hechos de base. Estos serán abordados en el capítulo 3.

pluralidad coincidente”.¹⁰⁰ Ahora bien, una pregunta básica al respecto sería quién debería conformar esa pluralidad coincidente, ¿sólo los peritos? o ¿las partes deberían aceptarlo? Pero, especialmente: ¿esa mayoría garantiza al acierto?¹⁰¹ y ¿cómo valora el juzgador esa pluralidad, presuponiendo su libre valoración? Respecto a esta última cuestión, parecería que hay cierta disminución en las exigencias de valoración o incluso un recurso a un instrumento de prueba tasada (i.e., resuélvase a favor de la tesis pericial mayoritaria). Aunque quizá depende de cómo se entiende esa “mayoría”, si es tratada únicamente como un criterio *cuantitativo*, i.e. en función de cuántos peritos¹⁰², o si se trata como un criterio cualitativo y se razona el por qué la mayoría de los peritos lo acepta.

Diversos sistemas jurídicos han acudido a una especie de juramento del perito como medida para asegurar la imparcialidad de origen del perito judicial y tal vez minimizar la parcialidad de origen del perito de parte. Las normas que regulan el perjurio o el falso testimonio serían, pues, un incentivo para *no mentir*, aunque en sí mismas no garantizan la verdad o la falsedad de la prueba pericial. Por ello, no se trata sólo de una discrepancia entre el dicho pericial y la verdad, sino que la idea de falsedad en juego implica conocimiento de la verdad y la manipulación voluntaria o consciente y/o evitable de los datos. Incluso si aceptáramos que el juramento es una manifestación de “autocontrol del perito” (Ramos Méndez, 1990: 800), éste podría estar diciendo lo que considera verdadero y, no obstante, estar equivocado.¹⁰³

¹⁰⁰ Suprema Audiencia Provincial de Coruña, Sentencia 188/2006 de 24 abril (JUR 2006\162458).

¹⁰¹ Como lo afirma Font Serra (2000a: 7723) en el caso de la pericial en materia penal: “[e]s más, para lograr la mayoría que garantice el acierto, si los peritos –designados por el Juez y por las partes- estuvieren discordes y su número fuere par, el juez deberá proceder a nombrar a otro perito, para que formule sus conclusiones motivadas con el perito o peritos con los que estuviere conformes, o separadamente si no lo estuviere con ninguno.”

¹⁰² “Conformes de toda conformidad” (López-Muñiz, 2008: 378).

En mi opinión el acuerdo, tanto de las partes como de los peritos, puede ser un fuerte incentivo para que el juez disminuya los controles sobre la prueba.

¹⁰³ Por supuesto, luego está el problema de determinar que el perito sabía la verdad que fue manipulada.

Como parece evidente, los problemas de la prueba pericial son mucho más amplios que aquello que la imparcialidad de origen puede abarcar y/o resolver. Sin embargo, como se verá, los criterios con los que un experto es seleccionado sí tienen una importancia epistémica para el desarrollo de la prueba pericial.

4.2. Modelos de acceso del conocimiento: La prueba pericial de confianza del juez y la pericial de parte.

La prueba pericial se ha concebido en muchos sistemas jurídicos en al menos dos versiones, en función de si el perito es de parte o si ha sido nombrado por el juez. Algunas veces ambas figuras conviven en las normas jurídicas o en la práctica judicial con más o menos problemas de interacción, mientras en otros sistemas se prevé como prueba pericial *sólo* una de ellas: el perito nombrado por el juez. Pero, ¿cuáles son los elementos que suelen caracterizar y/o diferenciar a una y otra?

Consideremos tres propiedades relevantes que podrían distinguirlas antes de la práctica y la valoración de la prueba: la imparcialidad de origen del perito, que el perito sea elegido y/o nombrado *a priori* de que elabore o presente su informe ante el tribunal¹⁰⁴ y la confianza del juzgador en el perito. Aunque todas estas propiedades podrían estar presentes en un mismo modelo son lógicamente independientes entre sí. Veamos cómo se entiende cada una.

La parcialidad de origen del perito es el primero de los elementos, i.e., que el perito fue seleccionado entre varios posibles expertos por las partes para que realice un informe pericial que se presentará, por ejemplo, junto con la demanda civil o bien para que éste testifique en el juicio oral pero con una versión que de una u otra manera favorecerá a la parte que lo selecciona, considerando simplemente que si no fuera así las partes no lo presentarían

¹⁰⁴ En España, por ejemplo, hasta el 2000 sólo tenía la consideración de prueba pericial aquella que era llevada a cabo en su integridad en el proceso.

como prueba.¹⁰⁵ Para asegurar la imparcialidad de origen, en cambio, se han concebido mecanismos para elegir a un experto, como la insaculación o el sorteo por lista corrida o el acuerdo entre las partes, evitándose incluso que el juez participe de alguna manera.

La segunda propiedad está relacionada con las operaciones periciales que se han de realizar, y no con la selección del perito, concretamente con el momento de su realización. Así, tales operaciones podrían tener lugar antes y/o fuera del proceso mismo o bien durante el proceso en cuestión, siendo por ello posible ejercer mayores controles antes y durante su ejecución. Sería posible incluso, como prevén Hazard, Taruffo, et. al. (2001), que el juez especificara las técnicas y/o procedimientos que el experto debe utilizar o que hiciera especificaciones sobre cómo debería presentarse el informe pericial respectivo. En términos más técnicos, si las operaciones periciales se realizan antes del proceso se tratará, entonces, de un tipo de prueba preconstituida. Ahora bien, si la prueba se realiza en el contexto procesal esto no quiere decir que se haga durante alguna audiencia en las instalaciones del tribunal respectivo, sino que se hace posible que puedan asistir algún oficial judicial y, por supuesto, las partes (mediante sus abogados y expertos de su confianza).

Por lo que respecta a la tercera propiedad, la confianza del juez, es mucho más sustantiva que las dos anteriores siempre que la confianza se tome como una genuina actitud cognoscitiva y no como una predisposición o una especie de sustituto de pruebas.¹⁰⁶ Una cuestión sumamente relevante es distinguir entre confiar, desconfiar y no-confiar; si bien confiar y no-confiar son excluyentes, no son categorías exhaustivas. La ausencia de confianza no lleva necesariamente a la desconfianza, podría simplemente no tenerse razones para confiar pero tampoco tener razones para desconfiar. En este sentido, el juez J debería confiar en el perito P *para* hacer X; donde X es dar una respuesta adecuada a

¹⁰⁵ También llama la atención sobre este punto Nieva (2010: 287). Dwyer (2008: 176), por su parte, le llama parcialidad estructural.

¹⁰⁶ Se analizarán con detalle las diversas concepciones sobre la confianza en el capítulo 4.

las necesidades epistémicas que en opinión del juez suscite el caso en cuestión.¹⁰⁷

Pues bien, la combinación de la presencia o ausencia de cada una de las propiedades señaladas nos permite ofrecer el universo de casos elementales que se constituirán en modelos distintos de prueba pericial. Un universo de casos se genera de la siguiente manera: si n es el número de propiedades, 2^n es el número de casos elementales; así, en este caso las propiedades identificadas son 3, por lo que tendríamos 2^3 . Es decir, deberíamos identificar 8 casos elementales que constituyan nuestro universo de casos. Veamos.

Modelos	Propiedades		
	Perito imparcial de origen	Pericia posterior a la designación	Perito de confianza del juez
M1	+	+	+
M2	-	+	+
M3	+	-	+
M4	-	-	+
M5	+	+	-
M6	-	+	-
M7	+	-	-
M8	-	-	-

En el primer caso tendríamos un perito imparcial de origen que es nombrado con anterioridad a la entrega de su informe y, además, de confianza del juez. Este constituiría el ideal del perito oficial o nombrado por el juez. Es importante advertir que en este modelo el perito no se caracterizaría necesariamente por su imparcialidad –excepto la de origen, que tiene por definición–, sino por la confianza del juez que, como veremos, nos lleva a un análisis de los criterios

¹⁰⁷ Dentro de esta evaluación, el juez podría tomar en consideración, por ejemplo, si el conducto apropiado para introducir la información es el perito y no otro medio de prueba (Duce, 2010: 65).

empleados para seleccionar y no única, y superficialmente, al hecho mismo de que no es seleccionado por una de las partes.¹⁰⁸

El modelo 2, en cambio, constituye una perversión del modelo 1. En él está ausente la imparcialidad de origen, se trata de un caso en que las pericias se desarrollan con posterioridad a la designación del perito y éste es de confianza del juez. Siendo un modelo en que el perito se designa por el juez y bajo su confianza, la falta de imparcialidad de origen en su nombramiento sólo podría ser explicada, por ejemplo, en caso de corrupción del perito y/o del propio juez que elige a un perito parcial.

El modelo 3, en el que se da la imparcialidad de origen en conjunción con la confianza del juez pero en el que, en cambio, el perito no elabora una pericia con posterioridad al nombramiento, podría dar cuenta de aquellos casos en los que un perito oficial se limita a presentar información experta general, i.e., no aplicada a los hechos del caso. En algunos supuestos, sin embargo, esta categoría es sumamente problemática, puesto que puede ser muy complicado distinguir si una observación es parte de una teoría general o de los hechos del caso (Allen y Miller, 1993: 1140).

El modelo 4, en cambio, sería una perversión del modelo 3, dado el nombramiento como perito de confianza del juez y la parcialidad de origen. Se trataría, pues, de un caso análogo al del modelo 2.

El modelo 5, en el que se dan la imparcialidad de origen del perito y su nombramiento antes de que realice el informe respectivo, pero no es un perito de confianza del juez, puede dar cuenta de aquellos casos en que existe un acuerdo entre las partes para designar un concreto perito o incluso en el caso en que el perito sea resultado de un proceso de insaculación o de lista corrida.

¹⁰⁸ Lo que *podría* llevar al juez a decidir adoptar cierta deferencia racional hacia el perito. Cuando se acude a organismos oficiales especializados o colegios profesionales o instituciones académicas y científicas, ¿sería razonable asumir cierta actitud deferencialista ante sus informes?, ¿por qué?

Y estaríamos ante una perversión de este modelo 5 (identificado en el cuadro como modelo 6) cuando sólo esté presente la propiedad de que la pericia se lleve a cabo a priori del nombramiento pero, en cambio, el perito sea parcial y no su nombramiento no se justifique en la confianza del juez.

En el modelo 7 el perito es imparcial por su origen, no realiza pericias con posterioridad al nombramiento y no es de confianza del juez. Este modelo podría dar cuenta de aquellos casos en que el perito es nombrado por acuerdo entre las partes o por el juez mediante procedimientos como insaculación o la lista corrida, en los que el perito se limita a presentar información experta general, no *aplicada* al caso concreto enjuiciado (aunque, para que la prueba sea relevante, sí *aplicable* al mismo).

Por último, un modelo 8, en el que el perito es parcial de origen, realiza su informe antes de ser nombrado y no tiene la confianza del juez es claramente el modelo característico del perito de parte.

Así todo lo dicho anteriormente quedaría representado en el siguiente esquema que completa el cuadro anterior.

Modelos	Propiedades			Corresponde a:
	Perito Imparcial de origen	Pericia posterior a la designación	Perito de confianza del juez	
M1	+	+	+	Perito oficial
M2	-	+	+	Perversión de M1
M3	+	-	+	Conocimiento experto general
M4	-	-	+	Perversión de M3
M5	+	+	-	Acuerdo entre las partes o insaculación
M6	-	+	-	Perversión de M5
M7	+	-	-	Conocimiento experto general
M8	-	-	-	Perito de parte

En lo que sigue, me concentraré fundamentalmente en los dos modelos antagónicos, donde todas las propiedades están presentes o ausentes, pero espero que los cuadros y el análisis precedentes permitan tener presente que estos no son los únicos modelos posibles. En el capítulo 3 y 4 abordaré cada uno de estos dos modelos antagónicos por separado: así en el capítulo 3 abordaré al perito de parte (modelo 8) y en el capítulo 4 al perito de confianza del juez (modelo 1).

Ahora bien, a pesar de que los modelos 1 y 8 sean antagónicos en las propiedades que los caracterizan hay aspectos generales de la prueba pericial que son, por supuesto, aplicables a ambos, con independencia de que puedan requerir un énfasis mayor en uno o en otro. Por ejemplo, en la práctica propiamente dicha, i.e., la práctica en contradicción de la prueba, creo que cuando se trata del perito de confianza del juez, el rol que tienen las partes en el cuestionamiento de las afirmaciones presentadas por el experto es mucho

mayor a efectos de controlar la calidad de la información y, en cambio, cuando se trata de un perito presentado por una de las partes, el énfasis se pone en el juez, quien asumiendo un rol activo podrá controlar la calidad de la información presentada por el experto correspondiente.

Cabe advertir, finalmente, que es posible hacer varias lecturas respecto a la aplicabilidad del análisis que se presentará sobre los peritos de parte y de confianza del juez en función de las características generales de los sistemas jurídicos en particular. Por ejemplo, un análisis sobre el perito de parte (como el presentado en el capítulo 3) podría tener mayor aplicación en los procesos civiles que en los procesos penales, si estamos frente a un sistema procesal en el que se considera que el uso de este tipo de pruebas periciales es más característico de ese tipo de procesos. Sucedería al revés con un análisis sobre el perito de confianza del juez (como el que se aborda en el capítulo 4) si se presupone que en los procesos penales el perito es, precisamente, de ese tipo. Otra posible lectura es que un modelo de la prueba pericial de parte estaría más cerca de un modelo procesal-civil anglosajón, donde precisamente priman este tipo de peritos, mientras que un modelo de perito de confianza del juez ha sido tradicionalmente más cercano a un modelo de derecho romano-germánico¹⁰⁹.

En todo caso, con independencia de esos aspectos generales, cada tipo de perito presenta problemas específicos muy diversos que justifican su análisis por separado.

¹⁰⁹ Hasta el punto de que en algunos de los países de esta tradición (v. gr., Italia, Brasil, El Salvador, entre otros) se considera como prueba pericial únicamente la que desarrolla un experto designado por el juez.

4.3. El proyecto: entre la deferencia y la educación

Una vez argumentado que la prueba pericial es una instancia testimonial y, como tal, la adquisición de creencias justificadas mediante ésta está sometida a una serie de exigencias de racionalidad propias que requieren ser cuidadosamente analizadas, corresponde entonces llevar a cabo tal tarea. Para ello hay que partir de las diferencias existentes entre un perito de parte y un perito de confianza del juez que han sido señaladas anteriormente. Así, intentaré argumentar que cada uno de éstos respondería a una concepción diversa de la justificación testimonial; con ello presupongo, entonces, que la categoría epistemológica del testimonio experto *en el contexto judicial* no es unitaria.¹¹⁰

Cada uno de estos modelos se fundamentará, pues, en concepciones distintas del testimonio. Dadas las serias objeciones que se han planteado a las concepciones que conforman el debate reduccionismo vs. antireduccionismo, y que han sido anteriormente abordadas, es necesario acudir a concepciones más sólidas de la epistemología del testimonio que supongan una superación de dicha dicotomía. Por ello, considerando la posibilidad de que el juez seleccione de alguna manera al experto que conocerá de ciertos hechos, una vez que él mismo haya identificado las necesidades epistémicas del caso, este tipo de testimonio experto será reconstruido con una concepción del testimonio que defiende que éste otorga razones interpersonales para creer en su contenido.¹¹¹ Así pues, ya en la misma selección del perito habría razones para creer en su testimonio, dado el establecimiento de una relación de confianza entre el juez y el perito. Mientras que, considerando que el perito de parte no sólo es seleccionado precisamente por ésta, sino que es también ella quien determina lo que será explicado, el juez acaba enfrentándose a unas

¹¹⁰ Enfatizo en el contexto judicial para que quede claro que sólo me estoy refiriendo a la prueba pericial y no al llamado testimonio natural, i.e., aquel que tiene lugar en la vida cotidiana. En ese otro contexto, el debate sobre la unidad del testimonio, para muchos autores en el tema, está abierto.

¹¹¹ Las razones interpersonales serían elementos o razones que justifican o contribuyen a justificar la creencia de que un tercero en quien confío tiene pruebas sobre la verdad o la falsedad de determinadas afirmaciones que realiza.

afirmaciones con supuesto fundamento en la *expertise*. Por ello, el perito de parte se reconstruirá con una concepción del testimonio que exige razones positivas para creer en las afirmaciones realizadas por un tercero.¹¹² Las concepciones elegidas, entre otras cosas, dan cuenta de la agencia epistémica de los dos participantes (la audiencia y el hablante) en el acto de habla en juego.

Y precisamente aquí viene a colación el subtítulo de esta investigación, “entre la deferencia y la educación” que, además de aludir a un célebre trabajo de Allen y Miller (1993)¹¹³, pretende dar cuenta de las categorías del testimonio antes citadas. Una prueba pericial desarrollada bajo ciertas condiciones por un perito de confianza del juez llevaría a un modelo deferencialista, mientras una prueba pericial realizada por un perito de parte bajo determinadas condiciones llevaría a un modelo educativo. Ahora bien, con la preposición “entre” pretendo denotar un estado intermedio ideal, buscando enfatizar que no se trata de elegir un modelo u otro, sino que son complementarios, al menos por dos razones. Primero, la presencia de ambos enriquece las opciones que tienen los juzgadores para adquirir información experta relevante para la decisión sobre los hechos de un caso; y, segundo, a la vez que se respeta el derecho de las partes a proponer pruebas relevantes, se garantiza la “publicización” o “socialización” del proceso judicial como función pública del Estado, no dejando totalmente en manos de las partes el tipo y/o la calidad del conocimiento experto que tiene cabida en ese contexto.

Entonces, pues, este trabajo no se limita a sugerir un listado más o menos extenso de posibles criterios para la valoración de la prueba pericial que, en mi opinión, puede resultar una tarea infructuosa dada la gran heterogeneidad epistémica que existe entre los distintos tipos de pruebas periciales. Un

¹¹² Las razones positivas serían elementos o razones que justifican o contribuyen a justificar la creencia en la verdad o en la falsedad de las afirmaciones testimoniales.

¹¹³ Pese al gran interés teórico del trabajo de Allen y Miller, creo que cometen un error al descartar demasiado rápido la posibilidad de un modelo a la vez deferencialista y racional. Quizá si hubiesen pensado en el perito oficial podrían haber ampliado su perspectiva, sin embargo ellos están interesados solo en el perito de parte como paradigma de la prueba pericial en Estados Unidos.

ejemplo de ello es la científicidad del conocimiento, un criterio que al menos en los últimos años ha ido cobrando más fuerza a nivel jurisprudencial y doctrinal para la valoración de la prueba pericial y que, como ser verá, no es exitoso. Pues aún en el caso de que “algo” se pueda calificar como científico o perteneciente a la ciencia, esa calificación es poco informativa sobre su calidad, debido a la gran diversidad epistémica de teorías, hipótesis, instrumentos, etc. que pudieran calificarse como tales.

En el siguiente capítulo se abordará precisamente la cuestión de la científicidad y sus problemas como criterio para valorar la calidad de (algunas) pruebas periciales. Para ello acudiré a la experiencia estadounidense como un sistema jurídico que, con un especial interés en el tema, hace algunos años hizo de la científicidad el hilo conductor de la admisibilidad del conocimiento experto mediante una decisión de la Corte Suprema en el famoso caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.* Dados los presupuestos epistemológicos que fueron tomados en cuenta en dicha decisión, además del uso legislativo, jurisprudencial y doctrinal que en otros tantos países del *common law* y de tradición romano-germánica se ha hecho de los criterios ahí esgrimidos, me parece imprescindible dedicar un capítulo a su estudio, que permitirá, espero, comprender mejor sus limitaciones.

Un buen modelo de prueba pericial no debe enfocarse únicamente en la determinación de los criterios de valoración, sino más globalmente en la obtención de información experta mediante terceros. Así pues, los modelos normativos de la prueba pericial que aquí se reconstruirán atenderán a las diversas etapas procesales, admisión, práctica y valoración. Se buscará fundamentalmente ofrecer mecanismos procesales para gestionar las pruebas periciales o, en su caso, herramientas para sacar el mejor rendimiento de los mecanismos ya existentes. En lugar de centrarse en defender a toda costa el “*peritus peritorum*” o cuestionar sin más las capacidades del juez, considero que la mejor estrategia es abordar cómo un testimonio experto podría servir como fuente de conocimiento para el juez.

CAPITULO 2

La cientificidad y las pruebas periciales

La experiencia estadounidense

1. La ciencia, la cientificidad y la prueba pericial

En los últimos años diversos ordenamientos, resoluciones jurisprudenciales y la doctrina han venido considerando como criterio de admisión o de valoración de las pruebas periciales su “cientificidad”¹¹⁴. Con independencia de cualquier problema procesal que esto pudiera generar, parece presuponerse una diferencia *sustantiva* entre una prueba pericial científica y una prueba pericial no-científica o incluso entre una prueba pericial y una prueba científica. Evidentemente, la pregunta inicial aquí sería, pues, en qué consiste dicha cientificidad.¹¹⁵

En primer lugar, habría que decir que la cientificidad algunas veces se usa únicamente para *describir* aquello que parece ser la ciencia, mientras otras tantas se usa para atribuirle ciertas propiedades epistémicas a todo aquello que se reconoce o se califica como científico, es decir para *justificar*. Aunque

¹¹⁴ Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14a, en la famosa sentencia 181/2006 del 24 de marzo, en la que hace referencia al “nuevo paradigma de la prueba pericial”, afirma que éste se caracteriza, entre otras notas, por el hecho de que el papel del juez se ha de centrar en *el control de la cientificidad del proceso de investigación* llevado a cabo por el perito. Por otro lado, entre la dogmática española en una de las obras más recientes sobre el tema Pérez Gil (2010:46), afirma que “[e]n el caso del proceso civil [la jurisprudencia española] viene invariablemente eligiendo el término ‘prueba científica’ cuando una actividad probatoria, casi siempre pericial, se ha desarrollado empleando tecnologías que arrojan resultados ampliamente fiables”. O, más recientemente, Corda (2013: 116) sostiene que “[al juez] no se le requiere –sería imposible– transformarse en un científico, sino más bien dotarse de los instrumentos metodológicos adecuados a los fines de ponerse en situación de valorar la tasa de cientificidad en sentido estricto de la técnica probatoria de que se trate”.

A nivel legislativo, diversos artículos de la Ley 906 colombiana, v.gr. el 273, 420, 422 utilizan el adjetivo “científico” para hacer referencia de forma indistinta al conocimiento admisible como prueba pericial o al conocimiento subyacente a la prueba pericial y su aceptación.

¹¹⁵ “Validez científica”, “científicamente válido”, “pertenencia a la ciencia”, “fiabilidad científica”, “calidad científica”, “genuinidad científica” son expresiones usadas como sinónimo de cientificidad o cualidad de científico, en el contexto jurídico-procesal, de un elemento probatorio. Para evitar confusiones, usaré “cientificidad” cuando haga referencia a dicha cualidad (sea lo que ella sea).

muchas veces el hecho de describirlos como científicos lleva implícito por sí mismo su justificación, es decir, se presupone que afirmar que una prueba, (teoría, hipótesis, etc.) *científica* es fiable, válida o genuina, no añade nada a su calificación como “científica”, puesto que la fiabilidad, validez, etc., está ya incluida en la definición del carácter científico de ésta.

Si nuestro interés fuera, por ejemplo, clasificar tipos de pruebas, podríamos, evidentemente, establecer en nuestros ordenamientos alguna definición estipulativa mejor o peor de “ciencia”, aunque luego la información no-científica pudiera entrar al proceso incluso como prueba pericial no-científica.¹¹⁶ Pero si, en cambio, el interés es la valoración de la calidad de la información que el juzgador de los hechos usa para la toma de decisión y, para ello, se usa como criterio la científicidad de la prueba, no basta, por supuesto, con una definición estipulativa.

En las sociedades actuales es muy común la idealización, implícita o explícita, de *la ciencia*, asumiendo que ésta es siempre sinónimo de conocimiento garantizado, es decir: porque es científica es fiable. La carga valorativa que ha adquirido ser etiquetado como ciencia o científico es una de las muestras más comunes de esta actitud.¹¹⁷ Y en el derecho la situación no es tan diferente. Aún es común, aunque quizá cada vez menos, la idea de que aquello que se califica como científico o toda afirmación aplicable al caso hecha en el ámbito científico es particularmente eficaz para determinar con *certeza* los hechos del caso.¹¹⁸ Si esto fuera así, sería posible considerar las pruebas científicas como

¹¹⁶ Podría fácilmente suceder lo que ha pasado con otros medios de prueba como la documental y los documentos electrónicos: enfrascarse en discusiones que son inútiles sobre qué es qué.

¹¹⁷ No es raro escuchar en la publicidad de algún producto o servicio que entre sus mayores garantías destaca su *cientificidad*, como tampoco es inusual encontrar un sinfín de instituciones y disciplinas que defienden con toda clase de argumentos su estatus como ciencia. Observemos que pese a la existencia de un gran número de ciencias o áreas científicas, parecería que existe un “x” compartido por todas ellas y sólo por ellas que las identifica como tales, que las hace *ser* ciencia. Si esto es así, aquello que no posee ese “x” simplemente no es científico y, por ello, no tiene las garantías que esto le otorgaría.

¹¹⁸ Contribuye a esto la práctica común por parte de los expertos de redactar el contenido de sus informes con conclusiones científicas supuestamente incontrovertibles o categóricas.

el medio más adecuado o hasta ideal para que las partes demuestren, incluso sólo con pruebas de carácter científico, en grado suficiente sus afirmaciones sobre los hechos y/o el juez, tomándolas como pruebas definitivas o concluyentes dado su fundamento, determinase correctamente la premisa fáctica.

Bajo este supuesto, el problema radicaría en encontrar al experto adecuado que determinara si “x es científico” o si “x tiene validez científica”, presuponiendo que ese “x” es una cuestión relevante en el juicio concreto. Como afirman Gascón, Lucena y González (2010: 5 y 6):

si los datos [obtenidos mediante estas pruebas] dijese directamente lo que el juez necesita saber... y el grado de probabilidad con que lo afirman fuese tan elevado que pudiera considerarse infalible, no tendría ningún sentido deferir al juez la valoración de dicho enunciado, pues ésta puede ser adelantada ya por el perito de manera categórica... Lo normal, sin embargo, es que sea necesario *realizar inferencias* a partir de esos datos.

Esta idealización de la empresa científica conlleva que sólo por el hecho de presentarse como científicas, el valor probatorio de algunas pruebas sea asumido como dogma de fe, sin mediar las cautelas y controles necesarios para conocer de su fiabilidad (Gascón, Lucena y González 2010: 2). O que, incluso, cuando se sugieren o se asumen determinados criterios sobre la base de la supuesta científicidad de las pruebas sean inadecuados para el fin que se prevee.

Pues bien, todas estas cuestiones serán materia de análisis de este capítulo. En primer lugar ofreceré argumentos provenientes fundamentalmente de la filosofía de la ciencia para sostener que es indispensable renunciar a la simple

Al respecto, se ha expresado la necesidad de exigir a los peritos conclusiones que impliquen el reconocimiento, digamos, de las debilidades de su área. Véase, por ejemplo, Champod y Vuille, 2010: 7 o Gascón, Lucena y González, 2010:5.

dicotomía entre ciencia y no-ciencia para abordar adecuadamente la valoración judicial de la prueba pericial en general y de la prueba científica en particular; además, los problemas que suscitan la amplia variedad y diversidad epistemológica de este tipo de información quedan erróneamente disfrazados con esa dicotomía.

Las discusiones que al respecto se presentaran podrían parecer únicamente teóricas; sin embargo, como se verá, han estado en boga desde hace algún tiempo en la experiencia jurisprudencial estadounidense, cuya relevancia epistemológica e influencia en otras legislaciones y prácticas jurisprudenciales justifica prestarle una atención particular. En tal contexto, se ha puesto el acento en identificar criterios sobre la científicidad de la prueba judicial que permitieran evaluar su admisibilidad, como veremos en detalle en los próximos epígrafes, aunque se ha terminado centrando la atención en la fiabilidad del conocimiento aportado por dichas pruebas.

Aun cuando fue en el famoso caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, que veremos con cierto detalle en este capítulo, donde la Corte Suprema estadounidense afirmó que la “fiabilidad probatoria” era la “cientificidad de la prueba”, el reconocimiento judicial de la necesidad de ciertos parámetros para valorar las pruebas periciales tiene sus antecedentes en un caso bastante más antiguo, *Frye v. United States*, en el que se planteó uno de los factores que luego se recogió en *Daubert* y ahora parece estar en boga en muchos sistemas de tradición romano-germánica: la aceptación general de la comunidad científica. Sin embargo, la discusión no se ciñe sólo a dichos casos. Con posterioridad a *Daubert*, la Corte modificó sus criterios en otros dos casos, *General Electric v. Joiner* y *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, que conforman la conocida como “trilogía *Daubert*”, y que no sólo terminaron generando una reforma legislativa sobre las normas respectivas, sino que han replanteado el análisis de la prueba pericial en general.

1.1. El problema de la demarcación

En filosofía de la ciencia, el problema de establecer un límite preciso para distinguir aquello que es científico de lo que *no lo es*, se conoce como “problema de la demarcación”. En la discusión de este problema, como es de esperar, hay concepciones muy diversas sobre cuál es el objeto de análisis, qué objetivo se pretende alcanzar con la demarcación, etc. En este sentido, a efectos de ordenar la presentación, estimo necesarias tres precisiones para delimitar el problema que se abordará.

Primera, en su versión más fuerte y tradicional, el criterio de demarcación debería permitir *incluir* aquello que es científico y *excluir* aquello que no lo es; en versiones más débiles, en cambio, debería poder permitir *incluir* aquello que es científico o bien *excluir* aquello que no lo es. En otras palabras, la versión fuerte exige un conjunto de condiciones necesarias y suficientes para decidir si “x” es científico; y, en cambio, una versión débil parecería sólo exigir o bien un conjunto de condiciones necesarias o bien un conjunto de condiciones suficientes. El punto controversial aquí es que contar sólo con condiciones necesarias de científicidad no permitiría identificar con certeza aquello que *sí* es científico, aun cuando permitiera determinar aquello que ciertamente *no* es científico; lo único que podríamos afirmar es que “x’ podría ser científico”. En cambio, si sólo se cuenta con condiciones suficientes, no podría determinarse que ‘x’ *no* es científico, sólo podría afirmarse que ‘x’ es científico o que *posiblemente* no es científico. Por ello, parecería que el criterio de científicidad ideal sería aquel que pudiese identificar ambas condiciones; es por esto que la discusión clásica sobre el problema de la demarcación ha presupuesto este objetivo (i.e., la versión fuerte del criterio de demarcación).

Ahora bien, cabe enfatizar que no se trata sólo de una definición de “ciencia”, sino que la búsqueda de tales condiciones necesarias y suficientes va más allá, pues pretende caracterizar la empresa científica como *epistémicamente superior*. Por otro lado, no se trata tampoco de una mera definición estipulativa,

pues no se trata de una cuestión completamente *a priori*, sino que la definición que se proponga deberá dar cuenta de aquellos casos que consideramos paradigmáticos de ciencia, como la física o la biología. Así pues, un criterio de demarcación debería ser lo suficientemente adecuado para incluir a dichos casos y excluir otros casos paradigmáticos de no-ciencia.

Segunda, ¿respecto de qué se está demarcando la ciencia?, ¿qué “objetos” entrarían en la categoría de la ciencia y en la categoría de la no-ciencia? Respecto a la no-ciencia, algunas veces ese ámbito es descrito como precientífico o paracientífico, pseudociencia, sentido común o incluso se llega a aludir a la metafísica o a la religión. En opinión de Haack (2007a: 115), la categoría de la no-ciencia incluye todas las actividades humanas que no son investigación, varias formas de pseudo-investigación, investigación de carácter no empírico e investigación empírica de carácter no científico; además, existirían muchos casos límite y combinaciones entre tales actividades. Ahora, por lo que toca al calificativo “científico”, se suele atribuir a áreas del conocimiento, teorías, ideas, proposiciones, experimentos, diferentes tipos de técnicas o herramientas, ciertos tipos de prácticas o comunidades, etc. Dado que no hay un “objeto” común a todos los planteamientos y propuestas que afrontan el problema de la demarcación y dada la gran diversidad de lo que pertenece a la categoría de la no-ciencia, veremos caso a caso qué se está demarcando y respecto de qué.¹¹⁹

Finalmente, como tercera precisión, es necesario diferenciar entre explicaciones monistas y explicaciones pluralistas del criterio de demarcación. Una explicación monista presupone que hay *una* propiedad que une a *todas* las ciencias; mientras, por el contrario, una explicación pluralista afirmarí­a que hay más de una propiedad que une a todas las ciencias o, en su versión más moderna, que hay más de una propiedad que en cierto grado comparten todas

¹¹⁹ Hansson (2008) considera que «las frases “demarcación de la ciencia” y “demarcación de la ciencia respecto a la pseudociencia” se usan comúnmente de forma indistinta, como sinónimos. Sin embargo, esto simplifica demasiado el problema puesto que no toda la no-ciencia es pseudociencia...» Al respecto, Haack (2008a: 90ss) opina que la categoría “no-ciencia” es tan inútil como genérica cuando se utiliza como crítica epistémica.

o algunas ciencias.¹²⁰ La concepción tradicional del problema de la demarcación ha asumido una postura monista y, en este apartado, me referiré únicamente a ésta, dejando para el apartado siguiente el análisis de las posturas pluralistas.

Una vez hechas estas tres precisiones, diríamos que tradicionalmente se ha considerado que el problema de la demarcación supone la identificación de *aquello* que caracteriza la ciencia frente a otras actividades y por lo cual tiene cierta *superioridad epistémica* frente a éstas. En lo que sigue, basándome fundamentalmente en dos trabajos de Laudan (1981, 1983), intentaré ofrecer un panorama general sobre algunas propuestas que han sido planteadas como solución a éste problema de origen filosófico;¹²¹ la estrategia es más bien analizar ciertos *presupuestos* y no tanto su contenido, evitando una empresa que rebasa por mucho los objetivos de este trabajo y mis conocimientos al respecto.

1.1.1. Las dos versiones de un supuesto problema

Según Laudan (1983), en la historia de la filosofía de la ciencia es posible agrupar en dos grandes tradiciones las diversas propuestas que han intentado trazar un límite preciso entre la ciencia y aquello que identificarían como no-ciencia: la tradición antigua o versión *epistémica* y la tradición moderna o versión *semántica* del problema.

En términos generales, la versión epistémica del problema de la demarcación equipara “ciencia” con “*belief worthiness*” y, por esto, se ocupa de la *justificación* epistémica actual. Así pues, a los muy diversos pensadores que

¹²⁰ Véase, en este sentido, Thagard (1988: 157 ss), por ejemplo. Aunque su proyecto es un tanto diverso porque pretende diferenciar a la ciencia de los ejemplos eminentes de pseudociencia, como la astrología o el creacionismo, y añade la categoría de la no-ciencia.

¹²¹ Seguir este itinerario me permitirá, entre otras cosas, marcar cierta evolución de las ideas filosóficas sobre la ciencia. Cierta resumen histórico de la filosofía de la ciencia, en mi opinión, permite no perder la visión de conjunto del progreso en la articulación de los problemas. Hay que recordar que durante mucho tiempo estudiar filosofía de la ciencia era reflexionar sobre el conocimiento humano, y que no fue hasta el siglo XX cuando esta área surgió como tal.

podríamos agrupar bajo esta línea de pensamiento les interesaría proveer cierta *garantía* sobre las afirmaciones que la empresa científica hace acerca del mundo, difiriendo en mayor o menor medida en *qué* es aquello que le diferencia. Las diversas propuestas al respecto giraron en torno a la infalibilidad y al método.

En la filosofía occidental de finales de la edad media y el renacimiento, se distinguía entre conocimiento (*episteme*) y mera opinión (*doxa*).¹²² A partir de Platón, las preocupaciones epistémicas tomaron como punto de referencia al conocimiento científico, considerado entonces como *el* saber genuino. Para Aristóteles la ciencia buscaba las causas últimas de los fenómenos, empleaba demostraciones lógicas e identificaba los universales implícitos en los particulares. Así, bajo estos supuestos, lo que separaría la ciencia de otras creencias sería la infalibilidad de sus fundamentos y, en este sentido, conocer científicamente era tener una certeza apodíctica.

Este criterio de demarcación se extendió hasta los siglos XVII y XVIII, aceptándolo filósofos tan diversos como Francis Bacon, René Descartes, John Locke, Isaac Newton o Gottfried Wilhelm Leibniz; las grandes divergencias entre ellos radican en cómo demostrar la certeza del conocimiento, pero todos llegaron a considerar que ciencia y conocimiento infalible eran términos coextensivos. Se suponía que era necesario el desarrollo de ciertas reglas o principios (infalibles) para *generar* conceptos o formular teorías que garantizaran las afirmaciones que se hicieran sobre el mundo, rechazando la evaluación (empírica) posterior de dichas teorías o de sus consecuencias.¹²³

¹²² Para una breve referencia en el ámbito jurídico sobre la adopción de esta distinción, véase el capítulo 1.

¹²³ Laudan (1981: 193) en una reflexión sobre por qué la teoría de la probabilidad no jugó ningún rol en las ideas sobre la lógica inductiva o la teoría de las inferencias científicas de pensadores como Bacon, Newton y el resto de pensadores anteriores al siglo XIX, afirma que hubiese sido considerado como una categoría epistémica errónea pues en ese momento se suponía que la aplicación de dichas inferencias debería garantizar la verdad de las conclusiones pues se argumentaba que eran infalibles.

Al respecto también es interesante la observación de Hacking (1975: 11), para quien “[e]l problema escéptico planteado por Hume acerca de la inducción no pudo originarse mucho antes de 1660, pues no existía anteriormente ningún concepto de evidencia inductiva en términos del cual plantearlo. ¿Por qué tuvo que esperar hasta 1737? En tanto se creyese que

Este rechazo obviamente es congruente con sostener la infalibilidad de la ciencia y buscar reglas o principios que preserven la verdad.

Luego, a mediados del siglo XIX, con la aceptación general de una perspectiva epistemológica falibilista, se aceptó que ningún tipo de conocimiento, incluida la ciencia, podría ofrecer certezas y que toda teoría científica es falible. Con ese presupuesto, la anterior diferencia entre conocimiento y opinión se debilitó, diciendo que el conocimiento científico eran *opiniones genuinas*, esto es, opiniones más probables o más confiables que las no-científicas. Este cambio supuso también un giro del análisis del *origen* de teorías a la evaluación posterior de éstas; así, a diferencia de la concepción previa cuyas pruebas relevantes eran las *observaciones anteriores* a la teoría misma, las pruebas relevantes ahora serían sobretodo aquellas no conocidas al momento de generar la teoría. Teniendo siempre en cuenta que probar o justificar una teoría no era una cuestión definitiva o certera.

Para entender mejor este apartado es necesario considerar ese “hito en la historia del pensamiento filosófico y una distinción fundamental entre dos perspectivas diferentes sobre cómo el conocimiento es legitimado” (Laudan, 1980: 183) que es la clásica (y debatida) distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, planteada por Hans Reichenbach. Pese a que esta distinción es relativamente reciente, podríamos decir que desde Descartes hasta los siglos XVI al XVIII los filósofos de la ciencia estuvieron interesados en formular una lógica del *descubrimiento* de hechos y teorías sobre la naturaleza; luego, desde la segunda mitad del siglo XIX este tipo de empresa fue gradualmente despreciada y la atención se centró en la evaluación y/o *justificación* de hipótesis o teorías.¹²⁴

el conocimiento demostrativo era posible, un conocimiento en el cual las causas se probaban a partir de principio básicos, el argumento de Hume podría ser detenido. Era necesario que la distinción entre opinión y conocimiento se convirtiese en una cuestión de grado.”

¹²⁴ En el mismo sentido véase Bunge (1989: 42 ss). Esta idea queda un tanto matizada si consideramos que los intereses de los filósofos de la época (idealistas, racionalistas, empiristas) se centraban en el conocimiento y tomaban a la ciencia como paradigma de éste. Sobre estas posiciones epistemológicas véase Quesada (1998).

Fue en este nuevo contexto en el que los filósofos de la época empezaron a considerar que lo que distinguía a la ciencia era su *metodología*, entendida ésta como un estándar de razón o un canon de justificación de teorías o hipótesis. Una vez más, vale la pena enfatizar que el interés aquí radicaría en entender cómo las teorías científicas son evaluadas y validadas, con independencia de cómo fueron generadas; así pues, según Laudan (1981: 3), en adelante las teorías sobre la metodología científica serían diseñadas para decidir entre teorías científicas rivales. Evidentemente las diferencias entre los filósofos de la ciencia ahora radicaría en los principios específicos que gobernarían la justificación de teorías.¹²⁵

En todo caso, las muy diversas propuestas respecto a qué método demarca la ciencia de la no-ciencia enfrentan al menos dos grandes problemas (Laudan (1983: 115):

- a. mostrar que todas las ciencias y sólo éstas siguen dicho método,
- y
- b. las credenciales epistémicas de ese método.

Muchos filósofos de la ciencia han acudido tradicionalmente a la *lógica* con la pretensión de desarrollar un modelo de lo que se considera como *razonamiento científico*, bien como descubrimiento de teorías o como justificación de éstas. En dicha tarea, se ha asimilado “racional” con “representable en términos lógico-formales”, asumiendo que la ciencia debería ser entendida en términos lógicos para que fuese una empresa racional.¹²⁶ Haack (2007a: 17ss) identifica a este modelo lógico de la racionalidad de la ciencia como “el viejo deferencialismo”; y, en sus diferentes versiones,

¹²⁵ El tema sobre este estándar de razón es sumamente amplio y no se ciñe al problema de la demarcación, por lo habría que ser cuidadoso con no extender todo el debate respectivo al problema que aquí nos ocupa.

¹²⁶ Así pues, con esos presupuestos y pese a la complejidad de la actividad científica, sólo aquellos procesos susceptibles de análisis lógico resultarían pertinentes y relevantes para la filosofía de la ciencia. Lo que exige esa distinción tajante entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento de las teorías que explica que esta concepción se limite al estudio de los productos finales de la actividad científica y a la justificación (lógica) de la validez o aceptabilidad de dichos productos .

encontramos a los deductivistas, a los inductivistas y al probabilismo bayesiano. Nótese que pese a las grandes diferencias sobre cuál es el método, se aceptaría que el mismo método (cualquiera que fuere) es usado por todas las ciencias.

Una de las asunciones básicas en esta perspectiva es que la ciencia está libre de valores o, más concretamente, que sólo depende de valores epistémicos intrínsecos y es independiente de aquello que se pudiera identificar como valores sociales.¹²⁷ En este contexto parece que sólo se alude a las inferencias científicas que supuestamente *garantizarían* una buena conjetura, la verdad o la mayor probabilidad de una afirmación; para ello, ningún elemento social tendría cabida en esta operación.

Ahora bien, debe quedar claro que el punto que se discute aquí no es si los científicos usan o no este tipo de inferencias o si la lógica es o no relevante en la ciencia, cuya respuesta sería indudablemente afirmativa, sino si estos métodos son usados por *todos* los científicos y/o *sólo* por ellos. Dada la respuesta eminentemente negativa y asumido que no se podía dar cuenta de la racionalidad científica en términos de representación lógica, se pueden identificar al menos tres alternativas (Laudan, 1986:30):

- a. Seguir confiando en posibles variaciones, quizá aún no descubiertas, de los modelos hasta ahora presentados, que esclarezcan y justifiquen la firmeza cognoscitiva o superioridad epistémica de la ciencia.
- b. Abandonar la búsqueda de un modelo de racionalidad científica y sustentar que la ciencia es irracional.
- c. Optar por un análisis de la empresa científica que intente evitar algunos de los supuestos clave que producen su colapso.

¹²⁷ Así, durante muchos años la filosofía del ciencia era fundamentalmente metodología de la ciencia: bajo esa óptica, las teorías una vez formuladas se “independizarían” de los sujetos, objetivándose como entidades lingüísticas; por ello, este tipo de perspectivas, como la de Popper, permitirían pensar en la filosofía del ciencia como una “teoría del conocimiento sin sujeto cognoscente”, donde entra una parte importante de las discusiones sobre la objetividad y/o neutralidad de la empresa científica.

La segunda estrategia ha sido también planteada por diversas escuelas del pensamiento que asumiendo el fracaso de los modelos lógicos de la racionalidad científica entonces infieren que la ciencia es irracional. Consideran que con independencia de cualquier otra cosa que sea la ciencia, es una institución social y, al igual que los viejos deferencialistas, suponen que los valores sociales implican la irracionalidad. Así pues, al defender la existencia y relevancia de componentes históricos y sociales en la actividad científica, concluyen que ésta es una empresa irracional.¹²⁸

Por otro lado, podemos identificar otro grupo variopinto de posturas que no equiparan las cuestiones sociales con irracionalidad, por lo que sin negar la racionalidad de la ciencia consideran que los modelos lógicos no dan cuenta de los éxitos de la empresa científica. Así pues, se sostendría que aunque evidentemente hay una dimensión social e histórica de la empresa científica, ésta no determina su contenido ni mina su compromiso con la racionalidad. Como ejemplo de estas teorías tenemos a la llamada *sociología sensible* de la

¹²⁸ Haack los identifica como “el nuevo cinismo” (2007a: 19). Entre sus representantes podemos encontrar, a Kuhn, Lakatos, Feyerabend, Rorty, así como los programas más radicales de la escuela de Edimburgo. No se puede perder de vista, sin embargo, que entre estos hay diferencias sumamente importantes, que llevan a algunos de ellos incluso a sostener además posiciones epistemológicas relativistas. Feyerabend, por ejemplo, afirma que el único principio metodológico que no impediría el progreso de la ciencia es ‘*everything goes*’ (todo vale). O el *Strong Program in the Sociology of Knowledge*, que afirma que la ciencia puede ser entendida *sólo* en términos de poder, retórica, política, etc.; la escuela de Edimburgo, por ejemplo, asume que el fenómeno que los científicos describen no es real, incluso los más radicales consideran que el mundo real no juega un rol esencial en la ciencia.

Sobre el problema de la demarcación, por ejemplo, Lakatos (1973) afirma que:

El problema de la demarcación entre la ciencia y la pseudociencia tiene graves consecuencias también para la institucionalización de la crítica. La teoría de Copérnico fue prohibida por la Iglesia Católica en 1616 porque la consideró pseudocientífica. Fue sacada de esa categoría en 1820 porque en ese momento la Iglesia juzgó que los hechos habían sido probados y, por tanto, devino científica. El Comité Central del Partido Comunista Soviético en 1949 declaró la genética mendeliana como pseudocientífica y algunos de sus defensores, como el académico Vavilov, murieron en los campos de concentración; después del asesinato de Vavilov, la genética mendeliana fue rehabilitada; pero se mantuvo el derecho del Partido a decidir qué es ciencia y publicable y que es pseudociencia y punible. El nuevo *establishment* liberal del este también ejercía el derecho de coartar la libertad de expresión en lo que consideraba como pseudociencia. Todos esos juicios estaban inevitablemente fundados en alguna suerte de criterio de demarcación. Y esto explica por qué el problema de la demarcación entre la ciencia y la pseudociencia no es un pseudoproblema de filósofos de escritorio: tiene graves consecuencias éticas y políticas.

ciencia; uno de cuyos representantes es Haack (2007a: 117) quien propone un cambio de énfasis en el rol de las inferencias en el proceso por el cual los científicos llegan a teorías, a las *interacciones* entre los científicos para valorar el peso de las pruebas. Según Haack, lo que necesitamos es una explicación multi-dimensional de los éxitos y los fracasos de las ciencias, que considere tanto la naturaleza y estructura de las pruebas como también algunas contingencias históricas.¹²⁹

Vista a grandes rasgos la versión epistémica del problema de la demarcación, pasemos a una propuesta diferente del mismo ofrecida por los miembros del círculo de Viena.¹³⁰ La concepción de los positivistas lógicos sobre el conocimiento y la ciencia estaba basada en una teoría general del lenguaje con dos ideas principales, la distinción analítico – sintético y el principio de verificabilidad. Bajo este presupuesto, consideraron el problema de la

¹²⁹ Según Haack (2007a: 93 ss), el método de las ciencias es igual al método seguido en cualquier investigación empírica. Pero, además de esto, las ciencias cuentan con al menos dos conjuntos de herramientas o “ayudas” para su actividad: técnicas y sociales. Las técnicas, no han sido ni son compartidas por todas las ciencias, básicamente porque algunas de éstas son de muy reciente invención y, sobretodo, porque su relevancia suele ser más bien local. Este muy diverso tipo de ayudas técnicas, por sí mismas, no son suficientes para garantizar o justificar el éxito de las ciencias. Luego, el otro tipo de ayudas al que podemos referirnos es de tipo social. Las ciencias se “auto-gobiernan”; y en esa autorregulación, existen varias prácticas sociales que podrían tener serias implicaciones epistemológicas, por ejemplo la revisión por pares.

¹³⁰ También conocida como “positivismo lógico”, “empirismo lógico” o “empirismo científico”, conformada por grandes filósofos de la ciencia como Rudolph Carnap, Carl Hempel, Ernest Nagel y Gustav Radbruch, tiene como objetivo principal explicitar (u ordenar de cierta manera) la estructura del conocimiento científico; así como articular de un modo razonable la idea de que el conocimiento del mundo físico tiene cierto anclaje en la interacción directa perceptiva con el mundo (lo que conservan del empirismo tradicional, es decir, la interacción mediante las sensaciones).

Existen dos presupuestos básicos subyacentes en esta concepción de la ciencia. Primero, se tenía como modelo de orden la estructura axiomática de las teorías no empíricas de las ciencias formales (las matemáticas o la geometría), por lo que el objetivo planteado era axiomatizar las teorías empíricas; segundo, en tanto que sistemas axiomáticos, la diferencia entre las teorías empíricas y las no empíricas, es que las primeras surgen de cierta interacción de los científicos con el mundo físico (v.gr. a través de la experimentación), por lo que para su evaluación importa su “aplicabilidad” empírica (esto es, sus posibles predicciones u observaciones).

Según Díez y Moulines (2008:33), “en muchos aspectos, tanto de contenido como de forma, esta filosofía de la ciencia puede considerarse hoy en día como ‘superada’; no obstante, su trasfondo conceptual y temático está presupuesto, de manera implícita o explícita, en los enfoques posteriores y resulta imprescindible para comprender y valorar cabalmente estos últimos. Ninguna persona seriamente interesada en la filosofía de la ciencia actualmente puede permitirse desconocer los elementos esenciales de las aportaciones de dicho período, aunque sólo sea para refutarlos”.

demarcación como una cuestión lógica o semántica, y no como una cuestión metodológica o epistemológica.

Se afirmaba entonces que un *enunciado* es científico si tiene significado. Y, el significado de una afirmación consistiría en las condiciones de verificación, esto es, saber el significado de una afirmación consistiría en saber cómo verificarla (mediante la experiencia o la observación).¹³¹ Se trataba entonces de una verificabilidad en principio o potencial, no práctica y con total independencia de la posibilidad actual de mostrar que algo es o no verdadero.¹³²

Aunado a esto surge también el problema de especificar si verificable es concluyente o, más bien, parcial. Aunque inicialmente parecía aceptarse la primera, luego el principio de verificabilidad fue unánimemente interpretado como verificabilidad parcial, pues al ser tan restringido sacrificaba proposiciones consideradas como parte del núcleo en algunas ciencias.¹³³

Así, pues, la verificabilidad resulta una noción semántica y no epistémica, de modo que no tendría implicaciones respecto a aquello que es digno de creer, sino que describiría una propiedad que las oraciones tendrían en función de su

¹³¹ Así, según Carnap una oración es fácticamente significativa para cualquier persona dada si, y sólo si, sabe cómo verificar la proposición que trata de expresar, es decir, si conoce qué observaciones le conducirían, bajo ciertas condiciones, a su verdad o falsedad. “Entonces, el significado de una afirmación es en cierto sentido idéntico a la forma en que determinamos su verdad o falsedad” (Carnap, 1936: 420). Véase también Godfrey-Smith, 2003.

La posibilidad de distinguir verdad de verificación depende de la teoría del significado que se adopte. Para García Carpintero (1996: 415):

se dice que una explicación del significado que identifica las condiciones de verdad de un enunciado con sus condiciones de constatación es una teoría verificacionista... toda explicación del significado debe permitir decir que hay enunciados que son verdaderos aunque, de hecho, no hemos averiguado que lo son, y quizás no lo averiguaremos nunca.

¹³² En palabras de Ayer (1936: 40):

... [E]s necesario establecer una distinción entre verificabilidad práctica, y verificabilidad en principio. Desde luego, todos nosotros conocemos –y, en muchos casos, creemos– proposiciones que, realmente, no nos hemos tomado el trabajo de verificar. Muchas de ellas son proposiciones que podríamos haber verificado si nos hubiéramos tomado la molestia de hacerlo. Pero queda un buen número de proposiciones significantes, relativas a cuestiones de hecho, que no podríamos verificar aunque nos lo propusiéramos; sencillamente, porque carecemos de los medios prácticos para colocarnos en la situación en que podrían hacerse las observaciones pertinentes.

¹³³ Véase, Hempel (1959: 116 ss)

significado.¹³⁴ Como criterio de cientificidad la verificabilidad tendría dos problemas. Por un lado, no sólo los enunciados científicos son susceptibles de ser verificados, las no-ciencias tienen también al menos algunos enunciados verificables; y, por otro lado, este criterio permite que enunciados demostrados como falsos se sigan considerando como científicos.

No se puede hablar del problema de la demarcación sin mencionar a Karl Popper quien, con independencia de su compleja postura filosófica y los diversos giros en sus tesis (que han conducido a interpretaciones muy diversas de su trabajo), es una referencia en este tema, que además fue considerado como tal en la sentencia *Daubert*.¹³⁵

En primer lugar, habría que decir que Popper (1934: 42) llamó problema de la demarcación al de “encontrar un criterio que nos permita distinguir entre las ciencias empíricas, por un lado, y los sistemas *metafísicos* [las disciplinas no científicas como la historia, las pseudociencias como la teoría del psicoanálisis y el socialismo científico de Marx], por otro”. Tal criterio de demarcación “ha de considerarse como una propuesta para un acuerdo o convención” que permita “formular una caracterización apropiada de la ciencia empírica... de tal manera que, ante un sistema de enunciados, seamos capaces de decir si es asunto de la ciencia empírica el estudiarlo más de cerca.”

Sin embargo, Popper (1934: 34) sostuvo que el hecho de que una teoría no sea científica no significa que carezca de importancia, de valor o, como

¹³⁴ Obsérvese que en este período (embrionario) la filosofía de la ciencia es esencialmente lógica de la ciencia, las teorías una vez formuladas se “independizan” de los sujetos objetivándose como entidades lingüísticas. Entonces, al determinar las condiciones del conocimiento científico, la filosofía de la ciencia clásica no sólo establece el modelo de teoría científica, sino también las normas que deben satisfacer los sujetos al construirlas, los procesos racionales que deben seguir los científicos en su actividad.

Con esos presupuestos y pese a la complejidad de la actividad científica, sólo aquellos procesos susceptibles de análisis lógico resultan pertinentes y relevantes para la filosofía de la ciencia. Lo que exige esa distinción tajante entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento de las teorías que explica que esta concepción se limite al estudio de los productos finales de la actividad científica y a la justificación (lógica) de la validez o aceptabilidad de dichos productos.

¹³⁵ Veremos más adelante las referencias hechas a Popper por la Suprema Corte estadounidense como fundamento de los factores *Daubert*.

mantendían algunos miembros del círculo de Viena, de significado o sentido¹³⁶. Es más, llegó a afirmar que casi todas las ciencias tenían un pasado metafísico (1980: 522); caracterizando metafísico como método especulativo o cuya operación radicaba fundamentalmente en anticipaciones mentales (1972: 312). En todo caso, vale la pena enfatizar que su interés radicaba en diferenciar las ciencias *empíricas*, más concretamente los enunciados empíricos o sistemas de enunciados empíricos o pertenecientes a las ciencias empíricas (1972: 311).

Dicho esto, el criterio de demarcación popperiano es la falsabilidad, testabilidad o refutabilidad.¹³⁷ A diferencia de los positivistas lógicos, una de las tesis popperianas básicas es que las teorías científicas nunca son verificables empíricamente porque no pueden reducirse lógicamente a enunciados elementales de la experiencia. Para Popper, las teorías científicas se caracterizan por su *capacidad* para resistir contrastaciones, por la *posibilidad* de ser refutadas mediante enunciados contrastadores.¹³⁸

Dicho criterio de falsabilidad se refiere a *la posibilidad* de ser falsable:¹³⁹

todo científico que afirme que su teoría es corroborada por medio de algún experimento o de cierta(s) observación(es), debería estar dispuesto a formularse la siguiente pregunta: ¿puedo describir algún

¹³⁶ Conviene señalar que Popper no es considerado miembro del círculo de Viena. Para Popper no había un método para *verificar la verdad* de dichas hipótesis ni para saber si tales hipótesis eran probables o probablemente verdaderas.

¹³⁷ Siguiendo la traducción al castellano de Sánchez de Zavala de *The Logic of Scientific Discovery* (1934: 40), me parece bastante adecuado emplear “el verbo falsar y sus derivados (falsable, falsación, falsador, etc.) como versión de *to falsity* y los suyos (falsifiable, falsification, falsifier, etc.): pues tanto falsificar como falsear tienen en castellano un sentido... que provocaría incesantes malentendidos si se empleasen... para traducir *to falsify* (que [Popper] emplea exclusivamente para poner de manifiesto que algo es o era falso).”

¹³⁸ Notese que estaba interesado en demarcar la ciencia de aquellas *teorías* que pretendían ser científicas, particularmente del psicoanálisis freudiano y el marxismo económico.

¹³⁹ La propuesta popperiana (1934: 58) no implica “que sea preciso haber contrastado realmente todo enunciado científico antes de aceptarlo: sólo requier[e] que cada uno de estos enunciados sea *susceptible* de contrastación; [se] niega a admitir la tesis de que en la ciencia existan enunciados cuya verdad hayamos de aceptar resignadamente, por la simple razón de no parecer posible –por razones lógicas– someterlos a contraste”. En este sentido, hay que destacar su énfasis (1934: 50) en señalar que éste criterio es un criterio de demarcación y no de sentido o significado, como era para los positivistas lógicos: “la falsabilidad separa dos tipos de enunciados perfectamente dotados de sentido”.

resultado posible de observación o de experimento que, si realmente se lograra, refutase mi teoría? (Popper, 1972: 92).

Sólo aquel enunciado o sistema de enunciados que puedan entrar en conflicto con observaciones podría, pues, ser científico. Como él mismo afirmó, hay grados de testabilidad, i.e., algunas teorías se exponen a las refutaciones más audazmente que otras (1972: 313). Por ello, el criterio de demarcación popperiano no sería categórico, sino gradual¹⁴⁰.

Es importante distinguir el criterio de falsabilidad del criterio de falsación en Popper.¹⁴¹ La falsación se refiere a las razones para *rechazar* determinada teoría científica. Así, pues, mientras la primera sería el criterio del carácter empírico de un sistema de enunciados; la segunda estaría constituida por reglas para decidir en qué condiciones se debe desechar un sistema de enunciados científicos.

Con lo visto hasta ahora sobre las posiciones expuestas, la diferencia fundamental entre la tradición antigua y la moderna es que mientras las concepciones que se ubican en la primera requerían cierto tipo de justificación

¹⁴⁰ Precisamente este pretendido carácter gradual supone ya un primer problema para que la falsabilidad pueda funcionar como criterio de demarcación de la ciencia y la no-ciencia.

¹⁴¹ Según nuestro autor (1934: 39), es posible distinguir cuatro procedimientos de contrastación de una teoría:

- a. Su coherencia interna, mediante la comparación lógica de unas conclusiones con otras.
- b. El estudio de su forma lógica, con objeto de determinar su carácter empírico y, con esto, su carácter científico.
- c. En tercer lugar, la comparación de una teoría con otras. Esto con el objetivo de investigar “si la teoría examinada constituiría un adelanto científico, en caso de que sobreviviera a las diferentes contrastaciones a que la someteremos”.
- d. Y, por último, “la contrastación de la teoría por medio de la aplicación empírica de las conclusiones que pueden deducirse de ella”. Este aspecto es lo que denomina falsación.

Sobre este último procedimiento, para Popper durante el tiempo en que una teoría resiste contrastaciones exigentes y minuciosas, mientras no la rebasa otra teoría, podemos decir que está corroborada por la experiencia. Pero el grado de corroboración de una teoría aludiría únicamente a una situación que puede llevar a preferir unas teorías a otras, pero no dice nada sobre su rendimiento futuro, pues para Popper, las teorías no son predictivas, y tampoco de su “fiabilidad”. Como veremos, este punto será importante al analizar uno de los criterios emitidos en la sentencia Daubert a efectos de cuestionar la utilidad de Popper como fundamento adecuado de éste.

epistémica *vigente*, para lo cual sería necesario algún tipo de juicio retrospectivo sobre la hipótesis o la teoría o la afirmación respectiva, la segundas sólo se comprometen con algún tipo de comprobación *potencial*, por lo que una afirmación resulta científica aun cuando no se le haya sometido a prueba alguna o bien haya sido sometida a alguna prueba y *no* la hubiese superado. Esta última cuestión es lo que explicaría abordar a Popper dentro de la llamada tradición moderna pese a sus grandes diferencias con los positivistas lógicos; y, quizá también porque, al menos en principio, buscaba establecer una definición de ciencia empírica.

Pero, ¿hay alguna diferencia entre demarcar la ciencia de otras actividades y ofrecer una definición de ciencia? Tal vez la respuesta dependa de la definición de definición que se presuponga, como se verá en el siguiente epígrafe; basta ahora con decir que no necesariamente se trata de lo mismo. Se podría ofrecer alguna definición de ciencia, por ejemplo, que no presupusiera aspectos epistemológicos como sí lo han hecho todas las propuestas de criterios de demarcación hasta aquí analizadas. En cualquier caso, se ha visto cómo tales aspectos epistemológicos han terminado desbordando cualquier intento de unificación.

1.2. Un aire de familia entre *las ciencias*

Si hemos de utilizar el predicado “científico” pareciera deseable disponer de *algún tipo de definición* de “ciencia”. Hasta aquí hemos visto las dificultades enfrentadas por aquéllos que han aspirado a definirla mediante un conjunto de condiciones necesarias y suficientes, lo que nos debería animar a abandonar esa empresa. Alternativamente, podríamos dar cuenta del concepto de ciencia a partir de ejemplos paradigmáticos, como la biología, la física o la química, que nos sirvan de patrón para explicar esta actividad; pero, dos preguntas básicas surgirían de inmediato ¿sólo éstos ejemplos serían los apropiados? y

¿cuáles serían los aspectos relevantes de éstas disciplinas que habría que considerar?¹⁴²

Evidentemente, responder a la primera pregunta abre una serie de “heridas históricas” de otras áreas del conocimiento que han pugnado por su cientificidad, como las llamadas ciencias sociales o, el típico ejemplo, la psicología. Sin embargo, pese al interés de este tipo de debate, está fuera del alcance de este trabajo. Lo único que me interesa recalcar al respecto es que incluso éstas áreas han intentado buscar algunos aspectos relevantes compartidos con las áreas paradigmáticamente científicas para presentarse a sí mismas como ciencias.

En este sentido, y como estrategia para responder a la cuestión sobre los aspectos relevantes de una disciplina para su consideración como científica, quizá lo mejor que podemos hacer es identificar diferentes afinidades entre esos ejemplos paradigmáticos, ninguna de las cuales es compartida por todas las ciencias, pero cada una de las cuales puede ser identificadas en algún grado en algunas ciencias. Ante un problema similar, Wittgenstein (1953: §65, 87) propuso entender estas similitudes como “parecidos de familia”¹⁴³:

En vez de indicar algo que sea común a todo lo que llamamos lenguaje, digo que no hay nada en absoluto común a estos fenómenos por lo cual empleamos la misma palabra para todos, sino que están *emparentados* entre sí de muchas maneras diferentes. Y a causa de este parentesco, o de estos parentescos, los llamamos a todos ‘lenguaje’.

¹⁴² Si bien es cierto que hay ejemplos de áreas del conocimiento paradigmáticamente científicas, como la biología o la física, y otras áreas que (casi) nadie consideraría como ciencias, v.gr. la astrología, entremedio podemos situar otras áreas muy diversas cuya clasificación podría no ser fácil.

¹⁴³ Una estrategia seguida por Hacking (1996: 68); y, aunque no tan explícitamente, también por Martínez (2008: 43). Puede verse un análisis sobre esta idea de Wittgenstein en Narváez (2004: 95).

Ciertamente alguien podría objetar que el concepto “ciencia” no se puede explicar bajo la idea de parecido de familia. Incluso la propia noción parece controversial en el propio Wittgenstein¹⁴⁴.

En todo caso, más allá de discutir la aplicabilidad de la noción wittgensteiniana de parecido de familia, me interesa enfatizar que podemos explicar y entender el concepto de ciencia mediante ejemplos paradigmáticos con semejanzas superpuestas y entrecruzadas entre ellos. Este tipo de acercamiento a la cientificidad, una vez más, nos permitiría quizá describir o explicar cierto tipo de actividades, pero no justificarlas.

Ahora bien, según Baker y Hacker (1983: 214), la teoría wittgensteiniana reconocía que la tarea de fijar los límites de un concepto depende los propósitos para los que nos proponemos dicha tarea.¹⁴⁵ A tal efecto, entonces, quizá bastaría con alguna noción provisionalmente tolerable, en lugar de buscar una definición que invite a litigar sobre las definiciones antes que a continuar los trabajos (Tarello, 1988: 33).¹⁴⁶

¹⁴⁴ En cualquier caso, como afirman Baker y Hacker (1983: 226):

Sirve a la negativa tarea de liberarnos de la ilusión de definiciones reales, de la mitología de un análisis que revela las esencias de las cosas. Genera importantes cuestiones relativas a las relaciones entre el significado, la comprensión y las explicaciones del significado, las que, como mínimo, pongan en duda la idea de revelar los significados de los términos por definiciones analíticas noveles. Y desafía fuertemente al dogma de suponer todos los conceptos-palabras unívocos son aplicables en virtud de unas características comunes compartidas por todas aquellas cosas que caen bajo su designación.

¹⁴⁵ Vale la pena recordar esto a los juristas cuando de abocan a intensos debates para identificar *la* esencia o *la* naturaleza de las instituciones jurídicas. Pareciera que se está en busca de realidades o entes trascendentales cuando de hecho se trata de meras cuestiones conceptuales. Al respecto, en la presentación que hace Carrió a “Naturaleza jurídica de la letra de cambio” escrita por Bulygin, afirma (1961: 7):

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.

¹⁴⁶ En efecto, Tarello (1988: 343) afirma que:

se ha dicho, con cierta autoridad, que fundar una ciencia sobre una definición de la misma ocasiona más bien confusiones que luces; que, mientras es siempre útil hacer resaltar y verificar el estado actual de una disciplina (o bien estudios que van bajo una determinada etiqueta), definir una ciencia o una disciplina o una etiqueta invita a litigar sobre las definiciones antes que a continuar los trabajos; que el peor servicio que

Una cosa es establecer alguna definición de ciencia que dé cuenta de los casos paradigmáticos y sea lo suficientemente útil para distinguir entre, por ejemplo, casos paradigmáticos de pruebas periciales científicas y de no-científicas y una muy distinta que se cuente con un criterio epistemológico que distinga lo científico como intrínsecamente valioso.

Si bien, en el ámbito probatorio, como afirma Allen (2004: 10), la tarea del juez recae sobre cuestiones científicas muy concretas aplicadas a hechos también concretos y no en concepciones o modelos más globales sobre la empresa científica, los fundamentos tanto de nuestras legislaciones, jurisprudencias y doctrina no pueden obviar estas concepciones globales cuando hacen uso de sus categorías.¹⁴⁷ En mi opinión, pues, las concepciones sobre la ciencia que se usen en el derecho no pueden ser meras estipulaciones jurídicas, sino que deben encontrar un sustento epistemológico adecuado.

En este sentido, al menos habría que incorporar necesariamente al bagaje jurídico tres ideas generales sobre la empresa científica. Primero, que pese a que el conocimiento científico es quizá, en líneas generales, el mejor que tenemos, tanto ese conocimiento como su aplicación son *fallibles*. Y, si se argumenta, como se suele hacer, que los jueces y/o los sistemas jurídicos son

pueda hacerse a una disciplina es malgastar fuerzas de otra manera utilizables en la disciplina empleándolas en polémicas sobre la disciplina.

¹⁴⁷ Como lo hace Font Serra (1974: 2) al afirmar que “la ciencia es un conjunto de conocimientos sobre las cosas por sus principios y causas”; o, Pérez Gil (2010: 46) diciendo que los científicos “siguen el método científico que lleva a conocimientos verdaderos o altamente confiables”.. Éste último citando jurisprudencia española que alude únicamente a las pruebas de ADN.

Un ejemplo jurisprudencial risorio sobre el llamado “método científico” puede encontrarse en la jurisprudencia mexicana: “aun cuando [los peritos] deben tener conocimientos especiales respecto de alguna ciencia, técnica o arte, y al emitir el dictamen sobre algún punto litigioso relacionado con su saber o experiencia, lo hacen observando un conjunto de reglas, es decir, el *método científico* consistente en: a) el planteamiento del problema; b) la presentación del problema y, c) la solución a ese problema. Sin embargo, tal circunstancia no implica que alcancen la categoría de investigadores científicos, ya que la investigación científica tiene como finalidad descubrir teorías, mientras que la labor que realiza el perito culmina con la emisión de una opinión o dictamen apoyado en el conocimiento especial de una ciencia o arte, donde ya existen reglas o teorías, derivadas éstas de la investigación científica, que obviamente el perito no descubrió.” Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, V, Enero de 1997, Tesis XX.65 L, p. 568.

“conscientes” de ello, entonces conviene recordar la exigencia de que no se actúe “como si” la ciencia fuera infalible y se adopten medidas o políticas públicas que presuponen esta asunción. Ejemplo de ello podría ser considerar como prueba plena los informes científicos de los peritos oficiales, asumiendo que entonces no hay posibilidades de error; o, aplicar las reglas de la prueba testifical a la pericial, enfocándose únicamente en el sujeto que la rinde y no en la información que ofrece, suponiendo que los únicos motivos para desconfiar de la prueba científica son que el perito no sea honesto o no sea buen conocedor de su disciplina, porque si lo fuera entonces la información que aportaría resultaría necesariamente fiable.

En segundo lugar, es necesario asumir el carácter *probabilístico* de todo conocimiento científico. Según Esteve Pardo (2009: 16ss), el derecho ha enfrentado el reto de la incertidumbre y complejidad científicas entregando a los estamentos de la ciencia la solución de aspectos determinantes de muchas decisiones que le correspondería tomar, o inclusive entregando la decisión misma, cuando lo que obtiene de ella son, como mucho, probabilidades. Por supuesto, reconocer que la ciencia ofrece probabilidades no implica renunciar a ella; al menos en el contexto jurídico-probatorio, lo que se requiere es repensar su incorporación al razonamiento judicial sobre los hechos (por cierto, también probabilístico). En otras palabras, plantear la *suficiencia* de dichas probabilidades para tener por probado un hecho con una prueba científica por sí misma o junto con otras pruebas.

En tercer lugar, en aquello que describimos como “ciencia”, pues, hay tal heterogeneidad epistémica de actividades, métodos o técnicas, teorías, creencias, etc., que parece poco fructífero buscar *un* criterio categórico para diferenciarlos, esto es, un criterio de demarcación. Tal como muestra el “tamiz del conocimiento” de Bauer (1992: 45ss), la información que se va generando en la empresa científica, a través del tiempo y las diversas prácticas implicadas, se va filtrando y refinando; es irrelevante a partir de qué punto le

llamaríamos “científica”, lo importante es más bien su grado de prueba y su integración con otras informaciones tenidas como probadas.

El uso honorífico que se suele hacer de “ciencia” y “cientificidad” disfraza en gran parte cuestiones tan importantes como el rol de las comunidades científicas, los diversos contextos de aplicación de la información científica,¹⁴⁸ el carácter probabilístico de la ciencia, etc.; así como la posibilidad de que haya científicos incompetentes, deshonestos o simplemente equivocados. En suma, no todo, y no sólo, aquello que de una manera u otra conforma la empresa científica es fiable.

Así pues, por todo lo dicho hasta ahora sobre los problemas para dibujar una línea precisa entre lo que es ciencia y lo que no lo es, además de la heterogeneidad epistémica implicada en aquello que puede identificarse como científico, este trabajo está dedicado a la prueba pericial y no a la prueba científica.

2. La experiencia estadounidense

Uno de los sistemas pioneros en el uso de la científicidad como criterio de valoración de las pruebas periciales es el estadounidense.¹⁴⁹ Aunque la discusión tiene lugar en

¹⁴⁸ También debemos considerar que no toda la información científica que tiene un rol en el proceso entra como medio de prueba sujeto a valoración judicial. Muchos de los elementos más sólidos de las ciencias constituirían instancias de reglas probatorias como los “hechos notorios”.

Tanto en la vida real como en el proceso judicial funcionamos continuamente asumiendo o incorporando directamente en nuestro razonamiento información que las comunidades científicas han ido consolidando en nuestras comunidades en general; así, por ejemplo, hasta ahora nadie, en condiciones normales, objetaría en un proceso la ley de la gravedad o la posibilidad de identificar genéticamente a un sujeto.

¹⁴⁹ Aunque la primera discusión acerca de la científicidad en el contexto procesal estadounidense no fue en razón de la admisión de pruebas periciales. En efecto, alrededor de 1960 surgió el debate sobre la enseñanza de llamado creacionismo científico vs. la teoría de la evolución. Después de unos años de debate, en la sentencia del caso *McLean v Arkansas Board of Education*, el juez William R. Overton formula lo que consideró como características esenciales de la ciencia que la demarcaban de otro tipo de actividades, a saber:

- a. Se guía por leyes naturales
- b. Tiene que explicarse a través de leyes naturales
- c. Es contrastable con el mundo empírico
- d. Sus conclusiones son tentativas, i.e. no son necesariamente la última palabra, y

la etapa de la admisión, generalmente de características bien distintas respecto de los sistemas romano-germánicos, los problemas abordados no son parroquiales. Creo que el mayor interés que puede tener analizar el contexto estadounidense, con independencia del impacto que ha tenido en otros países tanto del *common law* como de tradición romano-germánica,¹⁵⁰ radica en sus planteamientos y exigencias epistemológicas, incitando, por un lado, la discusión sobre la calidad del conocimiento científico, con independencia de las características personales o profesionales del experto; y, por otro, exigiendo al juez un análisis más riguroso sobre las posibilidades del (buen) uso de estos elementos de juicio para la determinación de los hechos.

Por ello, en lo que sigue me centraré fundamentalmente en exponer tales cuestiones, narrando los hechos y los argumentos respectivos de los casos que conforman la conocida trilogía Daubert y, por supuesto, el caso Frye que le antecedió. En mi opinión, esto permitirá conocer la evolución de este sistema y enfatizar los problemas que conlleva la adopción de un listado de elementos para valorar una prueba pericial.¹⁵¹

Para estudiar la experiencia estadounidense relativa a la prueba científica es inevitable hacer referencia al caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, que ha sido objeto de un extenso análisis jurisdiccional y teórico, y es considerado un hito en el tratamiento judicial de la prueba científica. En el debate han participado activa y constantemente especialistas de diversas áreas del conocimiento que, de alguna manera, se han visto impactadas (médicos, psiquiatras, psicólogos, economistas) o implicadas (filósofos de la ciencia, epistemólogos) en su enunciación y/o en su práctica. Así, se ha

e. Son falsables

¹⁵⁰ De la literatura jurídica española, entre otros, podemos citar a Hernández García, 2005, sugiriendo a Daubert como ejemplo; Pérez Gil, 2010; Nieva, 2010: 294ss, que usa los factores Daubert, aunque sin mención explícita al caso, para la valoración de todo tipo de pruebas periciales; y, Rivera Morales, 2011: 271ss. Para la admisibilidad de la “pericia cultural”, i.e., pruebas antropológicas, De Maglie, 2010: 178ss.

¹⁵¹ No pretendo hacer un análisis exhaustivo del caso y mucho menos de la literatura que lo ha analizado en todos estos años, pues, como afirma Dwyer (2008: 342) el tratamiento teórico del caso es tan extenso que bien podría haber una carrera llamada “*Daubert studies*”. Por otro lado, también su impacto mediático es lo suficientemente amplio: Daubert tiene su propio sitio web (www.daubertontheweb.com) y hasta la promoción de suvenires (www.cafepress.com/daubertontheweb).

sostenido que todo aquel que tiene algún interés, conocimiento o experiencia en la prueba científica sabe que el caso *Daubert* ha “cambiado de manera radical el derecho probatorio respecto a este elemento de prueba, convirtiendo a los juzgadores en *gatekeepers* y erigiendo una nueva estructura para afrontar la ciencia basura” (Kaye, 2005: 474).

Ahora bien, para entender mejor el tratamiento y las implicaciones de la doctrina formulada en el caso *Daubert*, resulta muy conveniente analizar previamente sus antecedentes.

2.1. La aceptación general de la comunidad científica

El uso del criterio de la “aceptación general de la comunidad científica” se remonta a diciembre de 1923, cuando la *Court of Appeals of the District of Columbia* resolvió la apelación del caso *Frye v. United States*. En primera instancia, James Alphonzo Frye había sido declarado culpable por el asesinato en segundo grado del Dr. Robert W. Brown. Al parecer, en un primer momento Frye confesó ser el autor del crimen pero posteriormente se retractó de su confesión¹⁵² y, por ello, en el juicio, la defensa había ofrecido como prueba la posibilidad de someter al acusado a un entonces muy novedoso análisis de la presión sanguínea que supuestamente servía como detector de mentiras.¹⁵³ El

¹⁵² Digo al parecer porque hay muy diversas versiones sobre la historia de Frye y, al ser un caso de los años 20, no se conservan actas del mismo. Al respecto, véase Starrs (1982).

¹⁵³ A nivel anecdótico, el inventor de este instrumento y testigo experto ofrecido por la defensa fue William Moulton Marston, creador del personaje *Wonder Woman* o Mujer Maravilla. Entre las estupendas habilidades y dones suprahumanos de este personaje está su lazo mágico que obliga a decir la verdad.

A diferencia de los detectores antiguos, los más modernos incluyen la electroencefalografía, que mide la corriente eléctrica generada por el cerebro, el análisis de las micro - expresiones faciales o la termografía peri orbital que mide la temperatura alrededor de los ojos. Este último parece estar actualmente en boga dado su rol estelar en la popular serie “*Lie to Me*” o “miénteme”, cuyo personaje principal, Cal Lightman y sus compañeros en *The Lightman Group* detectan verdades y mentiras para ayudar en diversos tipos de investigaciones, entre ellas jurídico-penales, a través de la psicología aplicada. Esto tiene un fundamento, fuera de la TV, en los planteamientos de Paul Ekman, pionero en el estudio de las emociones y sus relaciones con la expresión facial. Ekman asume una perspectiva evolutiva, es decir, el desarrollo de los rasgos y estados del ser humano, en el tiempo, es el fundamento de sus investigaciones. Cfr. Schauer (2009: 1199 ss).

juez de primera instancia excluyó esta prueba y condenó a Frye, decisión que fue apelada y el caso pasó a segunda instancia.

El supuesto fundamento subyacente del citado análisis era que las afirmaciones verdaderas serían espontáneas mientras que las mentiras requerirían un esfuerzo consciente que se reflejaba de forma particular en un aumento de la presión sistólica.¹⁵⁴ Todo esto fue considerado por el tribunal de apelación como un “testimonio científico novel” (*novel scientific testimony*) y resolvió que:

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

En la sentencia no aparece ninguna explicación ni del por qué dicho tribunal consideró conveniente adoptar tal criterio ni cómo se debería entender; sólo se enunció como fundamento para ratificar la exclusión del análisis de la presión sanguínea porque, en opinión del tribunal, no estaba lo suficientemente establecido para ser aceptado por las comunidades de la fisiología y la psicología. Con esta exclusión se confirmó la sentencia de culpabilidad por homicidio del señor Frye.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Según la sentencia del caso, la defensa afirmaba que: “El incremento que se produce es fácilmente detectado y distinguible del aumento producido por el simple miedo al análisis mismo. En el primer caso, la presión aumenta más que en el segundo y es más pronunciada en tanto el análisis se lleva a cabo; mientras en el primer caso, si el sujeto está diciendo la verdad, la presión registra un aumento al inicio del análisis pero luego baja gradualmente durante éste”.

¹⁵⁵ Frye fue condenado a cadena perpetua, sin embargo, dieciocho años después de estar en prisión fue liberado. Los hechos del caso no son muy claros en la literatura estadounidense, encontrándose muy diversas versiones al respecto: así, por ejemplo, mientras Wicker (1953)

Como ya se puede advertir, este criterio constituye un cambio importante en los criterios de valoración de las pruebas periciales al ir más allá de las credenciales del experto y valorar un aspecto sobre el conocimiento que fundamenta o subyace a la técnica aludida. Con independencia de las especificidades procesales, este es un importante giro epistemológico en la experiencia estadounidense, que puso el énfasis en la información que se usa para la determinación de los hechos y no en el sujeto que brinda dicha información.

Ahora bien, al parecer el criterio Frye no fue comúnmente utilizado en el sistema judicial estadounidense, con muy pocas excepciones, hasta la década de los 70, momento en el que se registró un notable aumento de su uso tanto a nivel federal como estatal. Además del polígrafo, este criterio se usó para determinar la admisibilidad de grabaciones auditivas, pruebas para rastrear posibles residuos de disparos, huellas digitales, psicolingüística, hipnosis, análisis sanguíneos, análisis de cabellos o tejido, entre otras numerosas técnicas forenses; incluso más tarde, fue también aplicado a pruebas de ADN y a conocimientos con fundamento en las ciencias sociales como el síndrome de trauma (o crisis) por violación, las pruebas de perfil psicológico o la prueba pericial de carácter psiquiátrico (Giannelli e Imwinkelried, 1999: 11-16).

El criterio fue considerado adecuado porque, entre otras cuestiones, supuestamente podía ser fácilmente aplicado y sus resultados determinados también con relativa facilidad, sin necesidad de conocimientos especializados por parte del juzgador de los hechos.¹⁵⁶ Sin embargo, como afirma Giannelli (1980: 1210), quizá el mayor defecto de este criterio fue obscurecer su propios problemas prácticos. Entre ellos, por ejemplo, no es claro si se tendría que

afirma que Frye fue liberado cuando el verdadero homicida confesó su crimen, Starrs (1982) sostiene que fue liberado bajo libertad condicional por una reforma legislativa que le favoreció.

¹⁵⁶ Al respecto, por ejemplo, Leiter (1997: 806) considera que la gran virtud de Frye es su reconocimiento de las limitaciones epistémicas del juez y del juzgador de los hechos. Para consultar algunas de las críticas más frecuentes a Frye planteadas por tribunales estadounidenses, véase Giannelli e Imwinkelried (1999: 27 ss).

acreditar el *estado* de la ciencia o el *consenso* de la comunidad; hay también serios problemas para delimitar el área de conocimiento relevante y, por supuesto, la comunidad científica en cuestión; cómo se podría conocer dicha aceptación, por ejemplo, los criterios que la determinarían, etc. Como advierte Faigman (1999: 62-63), si los jueces preguntaran a aquellos que supuestamente leen los posos del té si dicha lectura es aceptada por la generalidad de la comunidad, la respuesta obvia sería que sí.¹⁵⁷

Un punto muy importante aquí es que el criterio Frye admite al menos dos versiones, una “amplia”, que corresponde a la versión original, y una “estricta”, que hasta la fecha es la más popular; usar una u otra tiene diversas implicaciones sustantivas que, pese a su importancia, no parecen haber sido discutidas en la doctrina especializada. En la versión amplia, se presta atención al fundamento de la aceptación general de la comunidad científica al observar que los principios subyacentes deben estar lo “suficientemente establecidos”; así pues, podría identificarse esta como una versión *epistemológica* del criterio. Mientras que, por otro lado, la versión “estricta” sólo alude a la “aceptación general” por sí misma de la comunidad científica relevante, sin hacer ninguna referencia a las razones de la aceptación de ésta; por ello, esta interpretación podría tener una lectura de carácter más sociológico.

En la versión epistemológica del criterio, cabría una consideración añadida y es que la aceptación en comento podría ser *contextual*, de modo que algo puede ser aceptado o no dependiendo del propósito o la aplicación concreta. Por ejemplo, en la aviación las modificaciones que se pueden llegar a hacer en el motor de un avión pueden ser aceptadas si se trata de un avión militar y en cambio ser rechazadas para los aviones comerciales; o en la farmacología, los efectos de un químico pueden ser aceptados para continuar con la investigación en animales pero no para salir al mercado, etc. Esto es muy relevante, por cuanto supone la necesidad de contextualizar la aceptación de

¹⁵⁷ Faigman sugiere que este problema se puede evitar suponiendo que dicha aceptación depende de la integridad científica del área de conocimiento analizada. El problema, entonces, sería que significa “integridad científica”.

una hipótesis, técnica, etc., en función del ámbito de aplicación. En este sentido, asumir sin más la aceptación general de una comunidad científica podría tener como efecto secundario ceder a los expertos la decisión acerca de cuándo se considera aceptable *a efectos jurídico-procesales*, i.e. para condenar o absolver a un individuo o para considerarle responsable o no, etc.

Otra cuestión significativa es que el criterio Frye se estableció específicamente para lo que el tribunal llamó “ciencia novel”, expresión problemática ya que, por definición, parecería que la ciencia novel aún no es aceptada al menos por la generalidad de la comunidad científica.¹⁵⁸ En todo caso, el punto es que esta delimitación inicial simplemente se olvidó y el criterio fue aplicado a *todo* tipo de conocimiento científico que pretendiera usarse como elemento de prueba.¹⁵⁹

Pues bien, conforme se fueron identificando serios problemas en la aplicación del criterio, diversos tribunales estadounidenses empezaron a criticarlo fuertemente, limitarlo¹⁶⁰, modificarlo o directamente rechazarlo, por ser “demasiado maleable para ser útil”¹⁶¹. Y, más tarde, en 1975, con relativa independencia de las discusiones sobre el criterio Frye, se promulgaron las *Federal Rules of Evidence* (FRE), cuya regla 702 regula la admisibilidad de la *expert evidence* y no mencionaba el criterio de “la aceptación general”, lo que generó un fuerte debate, sobre todo a nivel federal, entre aquellos que

¹⁵⁸ Dominioni (2008: 21), por ejemplo, la identifica como una categoría que comprende a aquellos instrumentos probatorios técnico-científicos que se presentan como nuevos, controvertidos y de elevada especialización.

¹⁵⁹ El uso de lo que podría identificarse como “ciencia novel” aún ahora sigue presentándose problemático en sede judicial, piensese como ejemplo en los casos que se ha presentado respecto a la llamada medicina alternativa o, en el ámbito teórico, incluso con los adelantos de la llamada neurociencia. En opinión de Corda (2013: 115) la neurociencia “se constituye como un ejemplo paradigmático de *novel science*”.

¹⁶⁰ Por ejemplo, la *United States Court of Appeals for the Eighth Circuit* en un caso sobre ADN (*United States v. Two Bulls*, 1990), interpretó la amplia “*general acceptance*” como: aceptación general de la teoría subyacente a la prueba presentada, aceptación general de los procedimientos para la implementación de la teoría en cuestión y aceptación general de los análisis realizados en laboratorio.

¹⁶¹ Sanders, 1994: 1388.

consideraban que Frye había sido superado y los que afirmaban su continuidad (implícita) en las FRE.¹⁶²

2.2. La cientificidad de la prueba pericial

Ese era el contexto jurídico-normativo cuando en 1984 los padres de los menores Jason Daubert y Eric Schuller promovieron un juicio civil por daños tóxicos contra *Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, ante la *California State Court*, alegando que la causa de las graves malformaciones congénitas de sus hijos en sus extremidades superiores fue la ingesta materna del fármaco Bendectin durante su gestación (un antihistamínico patentado por dicha farmacéutica para aliviar las náuseas y mareos causados por el embarazo).¹⁶³

Merrell Dow llevó el juicio al ámbito federal, ante la *United States District Court for the Southern District of California*, solicitando después de un extenso *discovery* una sentencia sumaria (*summary judgment*)¹⁶⁴ con el argumento de que la demanda era fácticamente infundada. Es decir, Merrell Dow afirmaba que el Bendectin no era teratogénico, por lo que los demandantes no podrían presentar pruebas suficientes para poner en funcionamiento la maquinaria estatal. Para probar su afirmación, presentó la declaración de Steven H. Lamm,

¹⁶² En opinión de Sanders (1992:7), por ejemplo, con esta regla se liberalizó a las normas del *common law* referentes a la admisión del *expert testimony*, pues con anterioridad a ella sólo se admitían pruebas científicas cuando el objeto de ésta era “incomprensible” para un juzgador.

¹⁶³ Este caso fue una de las más de 1700 demandas interpuestas en contra de *Merrell Dow* por el fármaco en cuestión. Véase Sanders (1992) para un panorama general sobre los antecedentes judiciales del Bendectin.

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

¹⁶⁴ Las decisiones sobre la admisibilidad de las pruebas periciales se toman antes de que el jurado sea nombrado y antes de que el proceso comience formalmente, en lo que se conoce como “*pretrial conferences*” o audiencias previas, que tienen el objetivo de determinar cuáles serán las cuestiones fácticas a probar. Si el juez excluye las pruebas periciales, sobretodo en casos donde se consideran determinantes (v.gr. cuando se tiene que probar una relación causal), la contraparte solicita una sentencia sumaria por considerar que no hay cuestiones materiales que el juzgador de los hechos deba determinar –las pruebas son o muy abrumadoras o muy débiles-, por lo que se debería resolver como cuestión de derecho por el juez correspondiente.

médico especialista en epidemiología con una amplia acreditación como experto en riesgos por la exposición a sustancias químicas y biológicas, entre ellas el Bendectin.

En su testimonio el Dr. Lamm declaró que no había estudios epidemiológicos *publicados* que demostraran una correlación estadística significativa entre la ingesta de Bendectin durante el embarazo y las malformaciones del producto. Para arribar a esta conclusión, afirmó, habría revisado más de treinta estudios publicados en diversas revistas especializadas que comprendían una muestra aproximada de 130 mil pacientes, en los cuales no se había demostrado que la ingesta de Bendectin fuera un factor de riesgo de defectos congénitos.

En respuesta a la petición de la demandada, los actores presentaron el testimonio de sus propios expertos con el fin de probar la relación causal en cuestión.¹⁶⁵ En su testimonio afirmaron que el Bendectin *podría posiblemente* causar daños congénitos, basando su conclusión en un conjunto de estudios que en el ámbito farmacológico se realizaban comúnmente para probar los efectos de un medicamento nuevo, a saber:

- a. Estudios realizados en células animales (*test tube*) y con animales vivos.
- b. Estudios farmacológicos que revelaban cierta similitud entre la estructura química del Bendectin y otras sustancias cuyos efectos teratogénicos habían sido comprobados.¹⁶⁶
- c. Finalmente, un re-cálculo no publicado de estudios epidemiológicos anteriores que, en su momento, no encontraron una relación causal entre la ingesta de tal fármaco y los daños congénitos.

¹⁶⁵ Ocho profesionales con un excelente currículum. Por ejemplo, Shanna Helen Swan, maestra en bioestadística por la Columbia University y doctora en estadísticas por la University of California, jefa de sección del *California Department of Health and Services* y asesora de la Organización Mundial de la Salud.

¹⁶⁶ El Bendectin contenía como sustancia activa *succinato de doxilamina*, un antihistamínico que alivia las náuseas. Dado que estaba científicamente comprobado que algunos antistaminicos son teratogénicos, los expertos consideraron esta similitud estructural para deducir sus conclusiones. Véase, Sanders (1992: 317).

La *District Court* decidió que tal testimonio, al afirmar únicamente que el fármaco *posiblemente* causó las malformaciones de los demandantes, era *insuficiente para* probar la relación causal.¹⁶⁷ Y resolvió que:

- a. El criterio jurídico adecuado para admitir o excluir una prueba científica era que los principios subyacentes tuvieran la “aceptación general” del área de conocimiento a la que pertenecen.
- b. Considerando que había una gran cantidad de estudios epidemiológicos sobre el Bendectin, sólo las pruebas periciales con este tipo de fundamento podrían probar la relación causal.¹⁶⁸
- c. Y, en lo que respecta al análisis de los estudios epidemiológicos previos, su inadmisión se fundamentó en que estos no habían sido publicados o sujetos a revisión por pares.

La decisión de la *District Court* fue apelada por la parte demandante argumentando que el análisis de los estudios epidemiológicos no fue publicado porque su objetivo era únicamente probar la relación causal en el caso concreto. Pero en 1991 la *United States Court of Appeals* del noveno circuito estadounidense confirmó la decisión de la *District Court*,¹⁶⁹ asumiendo “la aceptación general de la comunidad científica de referencia” como el estándar de admisión para las pruebas periciales. Según este tribunal, la publicación o la revisión por pares era una condición necesaria para la admisión de elementos probatorios de carácter científico pues a través de alguno de estos mecanismos sería posible saber si una comunidad científica aceptaba el conocimiento subyacente del elemento de prueba.

¹⁶⁷ Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc. (Daubert I), 727 F.Supp. 570, 573 (S.D.Cal. 1989).

¹⁶⁸ Según un informe del Tellus Institute (2003: 8), en la época Post-Daubert, algunos jueces desestiman las demandas precisamente porque las partes no presentaban pruebas epidemiológicas, aun cuando la comunidad científica ya entendía que para muchas sustancias tóxicas no podía existir evidencia epidemiológica, quizá entre otras cosas, porque no es ético suministrar o poner en contacto con sustancias tóxicas a individuos a efectos de analizar qué dosis causa qué enfermedad.

Otra serie de interesantes casos estadounidenses sobre el uso de información epidemiológica en los tribunales puede verse en Haack (2008c).

¹⁶⁹ Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc. (Daubert II), 951 f.2d 1128 (9th Circ. 1991).

2.3. La Corte Suprema en el caso Daubert

Finalmente, el caso llegó a la *United States Supreme Court* en marzo de 1993. Los demandantes apelaron la decisión de la *Court of Appeals* cuestionando el criterio de admisión utilizado para las pruebas periciales respectivas. Se argumentó que las FRE habían superado a Frye y que éstas establecían un límite al rol de los jueces en la valoración de este tipo de pruebas, correspondiéndole exclusivamente al jurado tal tarea. Los demandados, por su parte, respondieron a tales alegaciones afirmando que los jueces tenían la responsabilidad de asegurarse de que todas las pruebas admitidas fuesen relevantes y confiables.

Este no era el primer caso de contradicción de criterios para valorar la admisibilidad de pruebas periciales que se presentó ante la Corte, sin embargo, sí fue la primera vez en la historia en que ésta se pronunció al respecto. Supuestamente, lo que estimuló en aquel momento a la Corte para entrar a conocer del caso fue el gran incremento en la presentación de pruebas científicas que se estaba produciendo en los tribunales estadounidenses y, al parecer, también fue determinante el particular interés social en la llamada *junk science*,¹⁷⁰ específicamente en los casos de daños por sustancias tóxicas (Sanders, 1994: 1389; Dwyer, 2008: 342, 243).¹⁷¹

¹⁷⁰ El término "*junk science*" fue bastante popularizado por Peter Huber, doctor en ingeniería empleado por la Corte Suprema y *technical consultant* del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, a través de su obra "*Galileo's revenge: Junk science in the Courtroom*". En principio, Huber considera que la "*good science*" es la ciencia del consenso y del peer review; mientras que la *junk science* es el "espejismo de la ciencia real, muy parecida en la forma pero sustancialmente muy diferente". Puede leerse más al respecto en Edmond y Mercer (1998). En castellano el término es habitualmente traducido como "ciencia basura".

¹⁷¹ Según Dwyer, influyeron también otros dos factores: Primero, dada la naturaleza adversarial del litigio en Estados Unidos, particularmente en materia civil, surgió una fuerte y pública complicidad entre los abogados y los expertos con el único objetivo de ganar el juicio. Y segundo, la reiterada advertencia jurisdiccional y teórica de que el estándar Frye para la admisión de pruebas científicas había sido superado por las FRE.

En junio de 1993, la Corte decidió por unanimidad que el estándar Frye había sido superado por las FRE,¹⁷² concretamente por la regla 702 que en ese momento establecía:

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

Según observó la Corte, el texto no hacía referencia explícita ni implícita a la “aceptación general de la comunidad científica” y, por ello, no había razones para considerarla como condición necesaria para la admisión de pruebas científicas en los juicios federales.¹⁷³ Sin embargo, también apuntó que la sustitución del criterio Frye no implicaba que los jueces no estuviesen obligados a valorar este tipo de pruebas a los efectos de su admisión.¹⁷⁴ Y, para ello, según la interpretación hecha por la Corte de la regla 702, al exigir ésta que las pruebas *fuesen o perteneciesen* al conocimiento científico se establecía como criterio a seguir la “fiabilidad probatoria”¹⁷⁵.

¹⁷² Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc. (Daubert III), 509 U.S. 579 (1993).

Conviene recordar que Estados Unidos es una federación en la que los estados tienen facultades para determinar su legislación propia. Por ello, la resolución de la Corte afectaba únicamente al ámbito federal, pudiendo los estados optar por seguir con el criterio Frye o, bien, cambiar a Daubert.

Por otro lado, vale considerar que si bien la decisión supuestamente sólo era de carácter federal, la influencia que tienen las decisiones de este nivel en los Tribunales inferiores es determinante. Al respecto cfr. Bernstein y Jackson (2004).

¹⁷³ Para Mueller y Kirkpatrick (2007: 9), la Corte en Daubert consideró que la práctica o tradición probatoria existente antes de la promulgación de las FRE había sido eliminada o descartada por el hecho de no haber sido mencionada en las reglas; a diferencia de lo que pasó en otros casos, donde la postura fue la contraria. Según Sanders (1994: 1388), la mayoría de los tribunales federales habían afirmado la continuidad de Frye sobre las FRE.

¹⁷⁴ La Corte también especificó que además de la valoración de la relevancia ordinaria de las pruebas, el conocimiento científico presentado debería *ser de ayuda* al juzgador de los hechos. Y destacó la necesidad de observar en cada caso otras reglas probatorias, como la 403 sobre la exclusión de pruebas relevantes cuando su peso probatorio pudiera ser sustancialmente menor a los daños que podría producir, o la pérdida de tiempo. En el siguiente capítulo se analizarán diversos criterios que pudiesen utilizarse para decidir la admisibilidad de una prueba pericial.

¹⁷⁵ Según Berger (2000: 12), una de las críticas más recurrentes a la sentencia Daubert fue haber usado “fiabilidad” cuando en realidad estaba haciendo referencia a la “validez”. En todo

Entonces se determinó que los juzgadores deberían ser los *gatekeepers* del conocimiento científico y que, en cumplimiento de esa tarea, para valorar la fiabilidad probatoria deberían considerar la *validez científica del método* por el cual el experto había arribado a sus *conclusiones*. Se especificó, además, que esta valoración debería centrarse exclusivamente en los principios y la metodología subyacentes a la prueba en cuestión y *no* en sus conclusiones. Así, resuelta la preeminencia de las FRE, la Corte consideró que en aplicación de la regla 702, para admitir determinado conocimiento científico como elemento de prueba, el juez debería valorar que se tratara de ciencia genuina.

Cuando se habla sobre el caso Daubert, sobretodo en nuestra tradición, generalmente no se reflexiona sobre estas diversas especificidades del caso. En mi opinión, para un análisis adecuado de éste, e incluso para un posible “trasplante jurídico”, debería considerarse que el caso incluye inicialmente tres diversas decisiones, que no se implican mutuamente. Antes de pasar de lleno a los criterios o factores que conformaron la sentencia de la Corte, conviene presentar esas distintas decisiones, referidas a:

- a. El rol de *gatekeeper* de los jueces
- b. Una admisión rígida
- c. La científicidad y/o la fiabilidad como (meta)criterios de admisión

Respecto al primer punto, en el sistema estadounidense, dada la potencial presencia del *jurado lego* como juzgador de los hechos, se presta particular importancia al reparto de facultades entre éste y el juez profesional. En términos muy amplios, al juzgador de los hechos le correspondería, como su nombre lo indica, la determinación de las cuestiones fácticas; mientras al juez le correspondería todo aquello que es considerado como cuestión de derecho.¹⁷⁶ Bajo esta dinámica, habitualmente el jurado debe valorar

caso, la Corte explicó que con “fiabilidad probatoria” estaba haciendo referencia a la confianza o la credibilidad (*trustworthiness*).

¹⁷⁶ Aunque la importancia de esta distinción, como afirman Allen y Pardo (2003: 1770):

directamente las pruebas; sin embargo, una de las decisiones de la Corte en el caso Daubert fue señalar que el juez debe servir de “*gatekeeper*” o “*gatekeeper*” (vigilante o custodio) de la calidad de las pericias, teniendo así un rol mucho más activo en esta tarea.¹⁷⁷ El énfasis que el sistema estadounidense sitúa en la admisión de la prueba pericial adquiere sentido dado que el jurado no está obligado a motivar sus decisiones, ni cuenta con criterios previos para valorar los diversos tipos de pruebas, por lo que el mayor control sobre la decisión en estos casos se puede efectuar justamente en esa etapa procesal; advirtamos, pues, que nada se dice sobre el valor probatorio de estos elementos de juicio.

Muy de la mano del rol de vigilante del juez está la previsión de una etapa de *admisión restrictiva*, i.e., en la que la relevancia no sea el único criterio de admisión de la prueba científica. Una admisión restrictiva de las pruebas científicas ha sido también un tema debatido en el contexto estadounidense en relación con el *tipo de ciencia* admisible, a razón del anterior criterio Frye pensado para lo que se llamó “ciencia novel”. La Corte, en Daubert, enfatizó que las FRE tenían una pretensión de flexibilizar los criterios de admisibilidad de pruebas periciales, permitiendo la presencia de más expertos en los tribunales; sin embargo, es muy discutible si el resultado terminó siendo ese.¹⁷⁸

Es superado solo por su carácter misterioso ... [L]a búsqueda para encontrar “la” diferencia esencial entre ambas que pueda regular la subsecuentes clasificaciones de una cuestión como jurídica o fáctica está condenada desde el inicio, dado que no tal diferencia esencial no existe. Sólo hay diferencias pragmáticas. ... [L]o que inició como una defensa de una distinción “analítica” entre el derecho y los hechos acabó en la disolución de toda diferencia, dado que toda determinación de los hechos es implícitamente una determinación normativa y, por ello, en ese sentido, jurídica. Esto no significa que la distinción doctrinal ente “derecho” y “hechos” no sea importante; sólo significa que debe ser decidida de forma funcional y no por referencia a supuestas diferencias ontológicas, epistemológicas o analíticas entre dichos conceptos.

¹⁷⁷ La prueba pericial constituye entonces una especie de excepción, porque deben pasar cierto filtro de admisibilidad más exigente que el de la relevancia y la legalidad para poder ser presentadas ante el correspondiente jurado.

¹⁷⁸ Véase Faigman (1999: 62) y Graham (2011: 386 ss). Al parecer antes de la promulgación de las FRE los tribunales podían excluir pruebas periciales a menos que se refirieran a cuestiones “que estuvieran fuera del conocimiento común del hombre lego promedio”. Véase, Weinstein y Berger (2010: 13-7).

En el *common law* algunos teóricos, como Tapper (2010: 191ss), consideran que ha habido un cambio significativo de reglas de exclusión rígidas al ejercicio de una discrecionalidad inclusiva.

Con independencia de dicho debate, la rigidez a la que me refiero aquí tiene que ver más con cierta desconfianza hacia el jurado lego como juzgador de los hechos, como vimos en el capítulo anterior, bajo el argumento de que es fácilmente *persuadido* por aquellas pruebas que se presentan como científicas.¹⁷⁹ Y, si esto es así, entonces resultaría indispensable adoptar un paternalismo epistémico para proteger al juzgador de la formación de creencias equivocadas; pues, en principio, no se trata simplemente de errores ocasionales,¹⁸⁰ sino de una cuestión más bien sistemática e incluso predecible.

Ahora bien, la asunción de que las limitadas capacidades cognitivas del juzgador de los hechos sean una buena razón para excluir ciertas pruebas científicas podría ser fuertemente cuestionado al menos en dos aspectos:

- a. Parece necesario contar con estudios empíricos que demuestren tal incapacidad del juzgador de los hechos y no sólo con meras suposiciones al respecto

y,

- b. Incluso si se demostraran esas limitaciones cognitivas, habría que estudiar si es posible encontrar otros mecanismos procesales, adecuados para controlar dicha incapacidad, que no supongan la exclusión de pruebas relevantes.

¹⁷⁹ Según Nance (2005: 126):

Sorprendentemente, sin embargo, la opinión del juez Blackmun en Daubert fue formulada para negar cualquier escepticismo serio sobre la competencia del jurado, opinando que es “demasiado pesimista sobre las habilidades del jurado” temer litigios “en los que jurados desconcertados son confundidos con afirmaciones pseudocientíficas absurdas e irracionales”.

¹⁸⁰ Las causas de estos errores podrían ser sumamente variadas, como la mala memoria, la falta de atención, ciertas predisposiciones emocionales, la complejidad del caso o, incluso, la falta de habilidades de un juzgador concreto para cuestionar, etc.

Al respecto, Gascón, Lucena y González (2010: 12) han sostenido que “junto al control de admisibilidad procesal (pertinencia, necesidad y legalidad) hay que agregar otro de admisibilidad científica (validez científica)”. Más allá de preguntar qué está entendiendo por “validez científica” y si sólo sería aplicable a ese tipo de pruebas periciales, la cuestión a analizar debería ser si una prueba pericial de la que desconocemos totalmente su calidad merece entrar al proceso *qua pericial*, con los costes que esto implica, dejando para después todo tipo de valoración

Se han realizado muchas investigaciones empíricas al respecto del primer punto, cuyos resultados al respecto no son nada claros: mientras algunas confirman la hipótesis, otras la refutan. Pero, con independencia del resultado, desde luego que podría debatirse, por ejemplo, si los datos provenientes son o no robustos o si son o no representativos.

Siguiendo estos argumentos típicos del *common law*, en mi opinión, la doctrina en los sistemas de tradición romano-germánica ha empezado a manifestar una preocupación semejante,¹⁸¹ muchas veces sin siquiera advertir que este planteamiento sólo tiene sentido en sistemas en los que el juez de admisión es *diferente* al juzgador de los hechos,¹⁸² en los que se suele presuponer que un juzgador profesional tendrá mayor capacidad para filtrar las pruebas periciales; por tanto, ahí el debate se plantea entre jurados legos vs. jueces profesionales.¹⁸³

Pero, aún se podría seguir defendiendo la imposición de controles adicionales a la relevancia por parte del juez en la admisibilidad de pruebas periciales con un argumento diverso: considerando que el punto fundamental no es *quién* toma la decisión sino la calidad de la *información* con la que se tomará la decisión; así, por ejemplo, se podría defender una admisión basada en un

¹⁸¹ Como ejemplo podría citarse a Duce (2010: 47ss), quien considera que entre los problemas que el rol dominante de la prueba pericial genera está “el *enorme impacto* que la opinión experta, especialmente en disciplinas científicas lejanas al conocimiento profano, produce en el juzgador”. O lo que Gascón, Lucena y González (2010) llaman “el mito de la *infallibilidad* de la prueba científica”: “sólo por el hecho de presentarse como ‘científicas’, la validez y valor probatorio de este tipo de pruebas *se han asumido* como dogmas de fe”.

¹⁸² Dwyer (2005: 6), en este tipo de casos, afirma:

La exclusión (y, por ello, la restricción) es más probable que sea absoluta en aquellos sistemas donde los jueces que aplican el derecho y los jueces que deciden los hechos son los mismos. De lo contrario, el juzgador mixto sería requerido para escuchar pruebas a efectos de decidir ¡si debe escucharlas!

¹⁸³ Algunas veces pareciera que en los sistemas de derecho romano-germánico el debate se plantea en términos jueces profesionales vs. peritos expertos, pues se argumenta que el juzgador es fácilmente persuadido precisamente porque no cuenta con los conocimientos expertos relevantes.

Aun más, Duce (2010: 49), por ejemplo, usa datos de investigaciones empíricas realizadas en Estados Unidos y Canadá sobre la fácil persuasión de los jurados legos, sin argumentar de ninguna manera su aplicabilidad a jueces profesionales. Por no hablar del abismo lógico que dificulta sacar de un análisis hecho sobre una población determinada conclusiones sólidas respecto a sujetos concretos.

conocimiento mínimo sobre la calidad de la información sin que jueguen rol alguno las supuestas carencias cognitivas de los juzgadores sobre los hechos. Uno de los puntos a discutir si se tiene en mente ese objetivo sería el tipo de información a evaluar y la exigencia que supondría en la etapa de admisión, evitando un adelanto injustificado de la valoración probatoria. Como ya se ha dicho, en el caso Daubert, la Corte Suprema consideró que esa calidad era la cientificidad.

Así, citando diversa bibliografía y opiniones de los *Amicus Brief* del caso, la Corte determinó el significado de la expresión “conocimiento científico”, contenida en la regla 702. Para ello, se podría decir que diseccionó “conocimiento” y “científico”, dejando de lado los otros tipos de conocimiento aludidos también por dicha regla; y concluyó que el calificativo “científico” aludía al fundamento en los métodos y los procedimientos de la ciencia y el sustantivo “conocimiento” connotaría un “conjunto de hechos conocidos o ideas deducidas de esos hechos o aceptadas como verdaderas en función de sus principios, más que a una mera creencia subjetiva o especulación infundada”¹⁸⁴. Entonces concluyó que una inferencia o afirmación debería derivarse del método científico para poderse calificar como “conocimiento científico”.

Por último, sólo quisiera enfatizar dos problemas generales atinentes al criterio señalado por la Corte. Primero, la fiabilidad es una cuestión de grado, no categórica, por lo que es posible diferenciar entre el grado de fiabilidad *necesario para* que una prueba sea tomada en consideración, es decir, para que sea admisible, y el grado de fiabilidad *necesario para* avalar una hipótesis, es decir, para tener por probado que ‘P’. En todo caso, la Corte nada dijo sobre

¹⁸⁴ Según la sentencia del caso, para resolver este punto se consultó el *Webster's Third New International Dictionary* del año 1986. Y hay además más de 37 citas de diversos *Amicus Curiae*, entre ellos, *The National Academy of Sciences*. Ejemplo de esto es el comentario de la *American Association for the Advancement of Science* y *The National Academy of Sciences*: “la ciencia no es un cuerpo enciclopédico de conocimiento acerca del Universo. Por el contrario, ella representa un proceso de proposición y refinamiento de explicaciones teóricas acerca del mundo, sujetas a subsecuentes pruebas y nuevos refinamientos”.

cuán fiables deberían ser las pruebas correspondientes para ser admisibles.¹⁸⁵ Y, segundo, no está dicho que las pruebas periciales que no sean admitidas como “científicas” no pudieran entrar al proceso como pruebas periciales no-científicas, de modo que la calificación de una prueba como no-científica no cierra el problema de su admisibilidad.

3. Los factores Daubert

Con estos presupuestos, el segundo paso en la resolución de la Corte Suprema estadounidense fue indicar, *a manera de mera recomendación o sugerencia*, una serie de factores para valorar la científicidad y, *con ello*, la fiabilidad probatoria del tipo de pruebas en cuestión. Cabe enfatizar, no obstante, que explícitamente se señaló la posibilidad de usar cualquier otro criterio emitido por los tribunales estadounidenses¹⁸⁶ o, bien, propuesto por la literatura jurídica.¹⁸⁷ Se apuntó, pues, que el listado no era exhaustivo ni definitivo, sino ilustrativo y flexible.

¹⁸⁵ Este punto fue explicitado en Paoli R.R. Yard PCB Litig., 35 F 3d 714, 744 (3d. Cir. 1994) por el juez Becker al afirmar que “el grado de fiabilidad probatoria (*to be consider*) debe ser menor a un estándar de suficiencia probatoria (*to warrant a verdict*), caso contrario, las partes que hagan uso de pruebas científicas estarían prácticamente obligadas a probar dos veces.”

¹⁸⁶ Como ejemplo se puede citar, entre tantos otros, el caso Christophersen v. Allied – Signal Corp. (939 F.2d 1106), resuelto por el Quinto Circuito en 1991, donde se alegaba que la exposición al níquel había causado el mortal cáncer de colon del esposo de la actora. En ese caso, el tribunal formuló cuatro criterios para valorar la admisión de pruebas científicas:

- a. La cualificación del perito como experto
- b. Si los hechos considerados por el experto son del mismo tipo de hechos que considerarían otros expertos en la materia
- c. Si para llegar a su conclusión, el experto empleó una metodología bien fundada; y,
- d. Asumiendo que el elemento de prueba presentado haya pasado los criterios establecidos en las Rules 702, 703 y el criterio Frye, el perjuicio que su potencial valoración inadecuada pudiera causar.

¹⁸⁷ Y explícitamente la Corte citó dos ejemplos, Por un lado, el “Weinstein’s Evidence Manual” de Weinstein y Berger, donde se sugieren como criterios de admisibilidad para estas pruebas:

- a. La aceptación general de la técnica empleada
- b. La preparación del experto y su nivel académico
- c. El uso de la técnica en el caso concreto
- d. El potencial rango de error
- e. La existencia de literatura especializada
- f. Su grado de innovación o novedad, y
- g. La dependencia de los resultados de la interpretación subjetiva del experto.

Y, por otro lado, a Mark McCormick (1982) y los siguientes criterios:

- a. El grado potencial de error de la técnica empleada
- b. La existencia y el cumplimiento de estándares durante su uso

Pues bien, propuestos por el magistrado J. Blackmun y aceptados por mayoría de la Corte¹⁸⁸, se indicaron los siguientes cuatro factores de cientificidad:

- a. Si la teoría o técnica puede ser (y ha sido) sometida a prueba, lo que constituiría un criterio que *comunmente* distinguiría a la ciencia de otro tipo de actividades humanas.¹⁸⁹
- b. Si la teoría o técnica empleada ha sido publicada o sujeta a la revisión por pares.
- c. El rango de error conocido o posible, si se trata de una técnica científica, así como la existencia de estándares de calidad y su cumplimiento durante su práctica.
- d. Y, finalmente, si la teoría o técnica cuenta con la aceptación general de la comunidad científica relevante.¹⁹⁰

Estos factores han sido interpretados de formas muy diversas por los distintos tribunales estadounidenses (y traducidos también de distintas maneras en diversos idiomas). Sin embargo, hacer aquí un recuento de las diversas interpretaciones, además de sobrepasar los límites de este trabajo, es de poco

-
- c. La existencia, dentro de las características de la técnica, de ciertas precauciones
 - d. Su analogía con otras técnicas científicas cuyos resultados son admisibles
 - e. La aceptación de la técnica en su correspondiente comunidad científica
 - f. La naturaleza y amplitud de la inferencia realizada
 - g. La claridad y simplicidad con las que la técnica es descrita y sus resultados explicados
 - h. La posibilidad de que el tribunal y el jurado puedan verificar los “*basic data*”
 - i. La viabilidad de que otros expertos puedan probar y evaluar la técnica
 - j. Su valor probatorio en las circunstancias del caso, y
 - k. La corrección que observó el experto en la aplicación de la técnica.

¹⁸⁸ El voto en sentido favorable fue de los magistrados White, O'Connor, Scalia, Kennedy, Souter y Thomas J.J; y disintieron los magistrados Rehnquist y Stevens.

Rehnquist, entonces presidente de la Corte, emitió su voto particular para disentir en esta parte de la sentencia pues en su opinión los criterios señalados convertían a los jueces en científicos amateur, pues las discusiones sobre la ciencia, el método científico, la validez científica, la revisión por pares, etc., pese a su posible utilidad o necesidad para aplicar las FRE, excedían la cultura de los juzgadores.

¹⁸⁹ La Corte usó el término “*ordinarily*”, lo que quizá permitiría interpretar que se piensa sólo en condiciones necesarias o sólo en condiciones suficientes con respecto a la cientificidad.

¹⁹⁰ Sobre este factor, la Corte, en concordancia con un criterio previamente emitido por el Tercer Circuito en el caso *United States v. Downing*, 753, F.2d 1224, 1242 (1985), consideró que un grado de aceptación general debería considerarse como un factor determinante para la admisión de la prueba; mientras que una técnica conocida que sólo contase con una aceptación mínima en la comunidad de referencia, tendría que verse con mayor escepticismo.

interés para los objetivos del mismo;¹⁹¹ por ello, en los próximos párrafos más bien me limitaré a problematizar cada uno de los factores de cientificidad sugeridos por la Corte.¹⁹²

3.1.El sometimiento a prueba (*whether the theory or technique in question can be -and has been- tested*)

Como fundamento de este primer factor la Corte citó un artículo de Michael D. Green¹⁹³ y un par de referencias concretas que en él se hacía a dos reconocidos filósofos de la ciencia, Carl Hempel y Karl Popper. Del primero se aludió a su idea de que “los enunciados que constituyen una explicación científica deben ser susceptibles de contrastación empírica” (Hempel, 1966: 76); mientras del segundo se citó su falsabilidad como criterio para identificar el estatus científico de una teoría (Popper, 1934: 46 ss.).¹⁹⁴

Si bien sería absurdo considerar a Daubert como un ensayo de filosofía de la ciencia, sobre todo si se observa que sólo se citaron algunas referencias al respecto,¹⁹⁵ habría que saber al menos un poco sobre las implicaciones de lo

¹⁹¹ Cuando el caso *Daubert v. Merrell Dow* fue resuelto, el fármaco Bendectin había sido sometido a un fuerte escrutinio por parte de la comunidad científica, generándose amplias controversias sobre la causa de efectos teratógenos debidos a su ingesta, por lo que se llegó a considerar que la evidencia no era suficiente para tener confirmada la hipótesis. Al respecto véase Green (1996) y Sanders (1998). También existe una página donde se cuenta la historia del Bendectin y como, con independencia de la retirada de ese fármaco del mercado estadounidense, sigue usándose la misma fórmula para las náuseas causadas por el embarazo, cfr. <http://www.bendectin.com/en/> Un caso que, por el contrario, haría dudar al lector sobre los efectos del Bendectin dada la conducta inapropiada de la compañía farmacéutica en cuestión es *Blum v. Merrell Dow Pharms. Inc.* Puede verse algunos comentarios al respecto en Haack (2008b).

¹⁹² Una vez traducidos en el listado anterior, mantendré la fórmula en inglés para conocimiento de la fórmula original por parte de un posible lector interesado en ello.

¹⁹³ En el artículo citado, Green (1991) comentaba: “*La metodología científica actualmente se basa en generar hipótesis y someterlas a prueba para ver si pueden ser falsadas; de hecho, la metodología es lo que distingue la ciencia de otras áreas de investigación humana*”.

¹⁹⁴ El magistrado Stevens en su voto particular argumentó que, en su opinión, se hacía uso de conceptos, citando incluso diversos autores y tratados, que podían fácilmente perder a los juzgadores en su tarea en lugar de tener para ellos utilidad alguna.

En el ámbito académico las críticas tampoco fueron muy positivas: se le calificó de trivial, complicado o hasta superado o anticuado. Allen (1994: 1157), por ejemplo, consideró que sólo se cambió un anacronismo jurídico por un anacronismo filosófico.

¹⁹⁵ Kaye (2005: 475) opina que no existe mayor implicación filosófica en la enunciación de este factor puesto que el uso que hizo la Corte de la literatura correspondiente es parte de su

dicho por Hempel y por Popper, además de su integración en el factor citado, para analizar sus posibles consecuencias prácticas.

En páginas anteriores se ha visto que la falsabilidad fue el criterio de demarcación propuesto por Popper y que se refiriere a la *posibilidad abstracta* de que una hipótesis sea sometida a algún test o prueba que pudiera mostrar su falsedad. En este sentido, si la pretensión de la Corte era fundamentar la demarcación entre la ciencia y la no-ciencia, su apelación a éste resulta al menos coherente; sin embargo, en el ámbito probatorio podría tener como consecuencia que una prueba que bajo dicho criterio fuera considerada científica debiera ser admitida como tal aun cuando sea falsa y/o cuando ni siquiera se tenga información sobre si de hecho superó (o no) los test a los que fue sometida en el área de conocimiento correspondiente.

Por otro lado, la cita de Popper quizá podría reconstruirse con el giro que también se señaló en su teoría, i.e. cambiando la “cientificidad” por el “carácter empírico” de los enunciados; así, diríamos que una prueba científica debería admitirse cuando pueda tenerse información empírica sobre su verdad o falsedad.¹⁹⁶ Sin embargo, como bien señala Haack (2013b: 171) considerar si el testimonio ofrecido ha sido sometido a alguna prueba es un buen criterio cuando el supuesto experto no ha hecho esfuerzo alguno para comprobar y/o demostrar la solidez de sus afirmaciones. En este sentido, serviría como una especie de recordatorio para que los jueces, en el hipotético caso de lo que no lo hubiesen considerado, exijan al perito que fundamente empíricamente sus afirmaciones.¹⁹⁷

práctica retórica. Según él, tradicionalmente este órgano ha manifestado una inclinación por usar literatura de muy diversas áreas del conocimiento con el objetivo de fundar sus decisiones, pero no para aclararlas.

Edmond y Mercer (2002: 346) hacen una recopilación de algunos filósofos, sociólogos e historiadores de la ciencia que han sido citados por diversos tribunales federales en Estados Unidos.

¹⁹⁶ El problema que surge aquí es que Popper utilizaba el término “prueba” (e “investigación” y “conocimiento”) sin referencia alguna a la verdad (Haack, 1993: 97).

¹⁹⁷ Un sorprendente caso al respecto tuvo lugar en México hace unos años, en donde el tribunal correspondiente admitió a una supuesta vidente que mediante su percepción de ciertas “vibraciones espirituales” había sido capaz de encontrar la osamenta de un importante político desaparecido hacía dos años en la finca del hermano de un expresidente de la República. Este

También podría argumentarse que la Corte al añadir “*has been tested*” a “*can be tested*” en realidad pretendió usar la falsación popperiana, y no la falsabilidad. Entonces, el énfasis debería ponerse en la fiabilidad y no en la científicidad; obviamente, estaríamos aquí ante una exigencia más fuerte que el mero carácter empírico sugerido anteriormente. Pero la filosofía de la ciencia de Popper parecería también inadecuada para este objetivo. Más allá de que él explícitamente afirmara que el grado de corroboración de una teoría no dice nada acerca de su ‘fiabilidad’ y de que las escasas veces que empleó éste término lo hiciera entrecomillado, aun podría plantearse la duda sobre qué entendía Popper por fiabilidad. Sin embargo, habría que notar que para Popper (1972: 29 a 34):

- a. Que una teoría hubiese sido corroborada, incluso ampliamente, nada dice sobre su verdad ni siquiera sobre su probabilidad.¹⁹⁸
- b. El grado de corroboración en un tiempo dado depende del número y la severidad de los test a los que fue sometida para falsarla, por lo que la corroboración es estrictamente un reporte del pasado.
- c. Y, que una teoría hubiese sido corroborada no significa que sea racional creer en ella sino, como máximo, que es racional preferirla como base para la acción práctica.¹⁹⁹

personaje no sólo fue creída por la policía sino incluso llevada a juicio para declarar sobre el hallazgo y sobre las aficiones esotéricas del hermano del expresidente. Por supuesto todo resultó una gran farsa que, por diversas razones, costó varios millones de pesos a las arcas estatales, tiempo y dinero que hubiesen podido fácilmente ahorrarse de haber contemplado como condición *necesaria* el carácter empírico de las afirmaciones que fueron consideradas. Puede leerse más sobre este caso en la revista *Proceso*, 2009.

¹⁹⁸ Al negar toda significación a la inducción como método científico, considerando que ninguna regla puede garantizar la validez de una generalización inferida a partir de observaciones, Popper (1980:51) se autocalifica como un deductivista: “entre las leyes de la naturaleza, las teorías, es decir, entre los enunciados universales y los singulares, sólo hay un tipo de nexo: la deducción... inferencias deductivas del *modus tollens*”.

Popper considera que los enunciados universales de la ciencia sólo tienen las propiedades lógicas que las premisas de un proceso deductivo deben tener cuando no pueden ser contrastadas de manera inmediata, lo que supuestamente permitiría describir las implicaciones o consecuencias lógicas derivables de la teoría y, de este modo, criticarlas de manera efectiva. Si no se puede aplicar el *modus tollens* porque la conjetura es exitosa, no hay nada más que aplicar. La lógica sólo permite refutar hipótesis, nunca confirmarlas, ni total ni parcialmente.

¹⁹⁹ De hecho, según Haack (1993: 97), Popper no está interesado en el concepto de creencia justificada porque piensa que no hay creencias justificadas.

Así pues, si el objetivo que se proponía la Corte Suprema estadounidense era asegurar de alguna manera la entrada de conocimiento científico firme o sólido, lo que es una exigencia más fuerte que la mera susceptibilidad a la comprobación empírica, la teoría popperiana no es precisamente un fundamento adecuado para ello.

Popper entendía “*testable*” como potencialmente falsable, mientras para Hempel “*testable*” significaba potencialmente confirmable. Sin embargo, la cita de Hempel como fundamento del primer factor Daubert sólo tendría sentido si nos centramos en la fiabilidad, puesto que este autor no estuvo interesado en ofrecer ningún criterio de demarcación entre la ciencia y la no-ciencia. Pero fundamentar este factor en la noción de fiabilidad hempeliana tampoco parece muy acertado. Siguiendo a Haack (2005: S68), son dos los argumentos principales para ello:

- a. La confirmación de generalizaciones por instancias positivas que preocupaba a Hempel es “demasiado simple para aplicarse a las categorías tan complejas como las pruebas epidemiológicas, toxicológicas, etc. que estaban en juego en un caso como Daubert”.
- b. La confirmación tentativa o provisoria de Hempel (1965: 51ss) relativa a unas pruebas confirmatorias, no permitiría distinguir un testimonio fiable de uno no-fiable dado que se requiere de un concepto absoluto.

Y, finalmente, respecto la integración de dos filosofías de la ciencia considerablemente diferentes en este primer factor, solo me resta decir que las teorías de Popper y Hempel son en muchos aspectos relevantes incompatibles.²⁰⁰ Por ejemplo, si consideramos la división entre método y

²⁰⁰ En un sarcástico comentario, Susan Haack (2013b: 170) describe esto como una mala amalgama entre “[Supreme Court’s] *Hoppers and Pempels*.” En el lado opuesto encontramos a Corda (2013: 122) que al describir los criterios emitidos en Daubert simplemente identifica como dos criterios diversos “1) la posibilidad de someter la hipótesis científica avanzada a verificación empírica (Hempel); 2) la necesidad de que toda tesis científica sea sometida a

conclusiones asumida por la Corte, los filósofos citados entienden por “método” cuestiones sumamente diversas: Hempel desarrolló el método hipotético-deductivo, mientras que Popper afirmaba que la ciencia debería caracterizarse por un método consistente en proponer hipótesis arriesgadas y someterlas continuamente a lo que llamaba “las más severas críticas”.²⁰¹

En definitiva, aun cuando la Corte hubiese tenido una pretensión seria de fundar en las concepciones de Popper y Hempel el primer factor señalado, ninguna de éstas es adecuada para establecer criterios sobre la *fiabilidad* de las pruebas científicas.²⁰² Pero, ¿cuál hubiese sido una concepción adecuada al respecto? Siguiendo a Haack (2001: 217 y 2007a: 251), la preocupación de la Corte Suprema en especificar el método de investigación que distingue a la actividad científica de otras actividades es inútil, dado que no existe tal cosa. Por ende, ninguna filosofía de la ciencia (como la popperiana) puede ofrecer criterios válidos para distinguir la pretendida genuinidad científica.²⁰³

Por último quisiera mencionar dos interpretaciones o traducciones de este primer factor Daubert en la doctrina o en la legislación en castellano, que suponen un giro filosófico, intuyo, ni siquiera percibido. En primer lugar, el inciso 1 del artículo 422 del Código de Procedimiento Penal Colombiano que

intentos de falsificación y refutación (Popper)”. Asumiendo, entonces, acriticamente su compatibilidad.

²⁰¹ Una teoría científica, para Popper (1961: 78), jamás proporcionaría un conocimiento total y/o definitivo de las cosas, siempre tendría un carácter provisional y conjetural, “todas las leyes, todas las teorías [conjeturas sometidas al debate crítico] son esencialmente tentativas, conjeturales o hipotéticas [resultado de nuestras actividades intelectuales], aun cuando tengamos la sensación de que no podemos seguir dudando de ellas.” En este sentido, la propuesta popperiana (1994: 99) es que “la ciencia comienza con hipótesis, prejuicios, supersticiones y mitos [concretamente, con la discusión crítica de éstos]”, no con la observación o la recolección de observaciones de hechos brutos y la invención de experimentos. Un método de ensayo – eliminación del error, de conjeturas y refutaciones.

²⁰² Para una idea general sobre las múltiples interpretaciones tan diversas de las que este factor ha sido objeto en los tribunales estadounidenses, cfr. Kaye, 2005; Haack, 2013b: 296, nota 10.

Por otro lado, un interesante trabajo descriptivo sobre los usos de posiciones filosóficas y sociológicas sobre la ciencia en el contexto procesal estadounidense puede verse en Edmond y Mercer, 2002.

²⁰³ Según Laudan (1983: 119) la demarcación entre la ciencia y la no-ciencia ha sido típicamente usada como “*machines de guerre* en polémicas batallas entre campos [de conocimiento] rivales”; por ejemplo Aristóteles y Popper, según Laudan, usaron su criterio de demarcación para desacreditar otras ideas, en el caso de Popper, las de Marx y Freud.

afirma: “que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser *verificada*”²⁰⁴. Entendido literalmente supondría un giro hacia el ala verificacionista del positivismo lógico en filosofía de la ciencia y, por otra parte, la disyunción “que haya sido o pueda llegar a ser” introduce la confusión entre la verificabilidad (la *posibilidad* lógica de ser demostrada plenamente mediante la observación)²⁰⁵ y la *verificación* (“el establecimiento determinante y definitivo de la verdad [de una oración]”).²⁰⁶ Sin embargo, los miembros del propio círculo de Viena dieron argumentos sólidos para abandonar el verificacionismo dado que el número de instancias que se requerirían para verificar un enunciado sería infinito e imposible de agotar mediante nuestras observaciones [finitas] (Carnap, 1936: 425).²⁰⁷

En el lado opuesto, flexibilizando al máximo las exigencias, Nieva Fenoll (2010: 295) sugiere que se valore si “las técnicas y teorías científicas utilizadas para obtener datos y conclusiones han sido aplicadas previamente...”. Varias preguntas se pueden plantear ante un criterio así, entre ellas ¿dónde deberían haber sido aplicadas? ¿en otros procesos judiciales?, ¿en algún ámbito o disciplina científicos? ¿requeriría el uso continuado en los tribunales? ¿bastaría con qué hubiesen sido aplicadas una vez? Y, desde luego ¿qué significa que hayan sido *aplicadas*? Es difícil dar respuestas a estas preguntas, dada la vaguedad de la formulación, pero resulta imprescindible ofrecerlas para hacer operativo el criterio.

²⁰⁴ En el mismo sentido, Rivera Morales (2011: 271) afirma: “atender a la *verificabilidad* de los conocimientos aplicados en la pericia”. (La cursiva es mía).

²⁰⁵ “[S]e decía que una oración tenía significado empírico si era pasible, al menos en principio, de verificación completa por medio de la observación, es decir, si podría describirse una prueba observacional tal que, de alcanzarse realmente, estableciera de modo concluyente la verdad de la oración” (Hempel, 1959: 117)

²⁰⁶ Carnap, 1936: 420.

²⁰⁷ Como bien afirma Ayer (1959: 19): “... pues mientras la verdad de esos enunciados se puede confirmar mediante la acumulación de ejemplos favorables, ésta formalmente no se funda en ellos; siempre estará abierta la posibilidad de que un nuevo ejemplo la refute y ello significa que los enunciados de esa clase nunca son verificables de un modo concluyente”

En general, sólo me queda por decir que en aquellos casos en que se pretenda aludir a cualquier aspecto sobre el funcionamiento de la empresa científica,²⁰⁸ los juristas haríamos muy bien en no dar la espalda a esas otras áreas del conocimiento que se han encargado de su análisis exhaustivo, fundamentando las propuestas, por ejemplo, en teorías sólidas de la filosofía de la ciencia.²⁰⁹

3.2. Las publicaciones y la revisión por pares (*whether [the theory or technique] has been subjected to peer review and publication*)

Vale la pena señalar que los distintos factores o criterios de fiabilidad del conocimiento científico señalados por la Corte en la sentencia Daubert no tienen igual grado de imperatividad. Así, por ejemplo, en relación al sometimiento de la teoría o técnica a la revisión por pares, la Corte advirtió que, en su opinión, no tenía una relación necesaria con la fiabilidad del conocimiento científico y, por ello, no debía considerarse como condición *sine qua non* para la admisión de las pruebas que se pretendieran incorporar al proceso. Sin embargo, afirmó que la revisión por pares y/o la publicación sí incrementaban las posibilidades de encontrar errores metodológicos sustantivos en las mismas y, por tanto, permitían evaluar mejor su fiabilidad.

En un trabajo sumamente interesante sobre la revisión por pares y las publicaciones científicas, Haack (2007b: 789) distingue un sentido amplio y un sentido estricto de éstas. En sentido amplio hace referencia a cualquier

²⁰⁸ Lo que, desde luego, no implica que necesariamente una teoría que trace normas epistémicas para indicar cómo los científicos deben formar sus creencias deban, a su vez, “governar” en los tribunales (Leiter, 1997).

²⁰⁹ Entonces posiblemente surgiría un cuestionamiento del tipo ¿qué podría pedir y/o “necesitar” el derecho de la filosofía de la ciencia para el tratamiento de la prueba científica: una descripción de lo que hacen los científicos o una serie de pautas de lo que deberían hacer los científicos? Este cuestionamiento se presenta en una de las críticas planteadas por Allen (1994:1171) a la supuesta adopción de Popper en Daubert, considerando que la filosofía popperiana es una teoría descriptiva inadecuada de la actividad científica; por cierto, crítica inadecuada para Popper porque su pretensión teórica era normativa.

Para Díez y Moulines (2008:22), la tarea del filósofo de la ciencia es investigar los principios que rigen esta actividad, principios que, si suponemos que son seguidos implícitamente por los científicos, la hacen comprensible. Esta tarea involucra tres dimensiones diferentes, pero, contra lo que se suele sugerir, complementarias: descriptiva (describen como operan de hecho los científicos), prescriptiva (impone normas y juzga su observación) e interpretativa (por ejemplo, en el análisis y reconstrucción de teorías científicas).

discusión de las ideas presentadas por un experto en una colectividad científica específica, por ejemplo, en congresos, seminarios, coloquios o incluso entre los compañeros de laboratorio o departamento. Mientras que en sentido estricto hace referencia a una evaluación más formal de trabajos escritos para determinar, bajo determinados parámetros, su publicación en alguna casa editorial o revista académica. Por supuesto, uno es más débil y, por ende, más fácil de cumplir que el otro; pero, supongamos que el criterio hace referencia a la sentido estricto de revisión.

Este factor tiene una lectura cognitiva, más allá de los aspectos de sociología académica actuales que describirían la sacralización, algunas veces irracional, de las publicaciones en sentido estricto tanto por parte de las administraciones gubernamentales como de la generalidad de las instancias universitarias, y que han producido como efecto la masificación de publicaciones de baja calidad y de procesos de revisión cuestionables.²¹⁰ Es cierto que publicar los resultados de la investigación puede verse como una *dinámica* epistemológicamente adecuada para el buen desempeño de la empresa científica, pues se hacen públicas las ideas, las pruebas, las investigaciones, etc.; sin embargo, la mera revisión por pares y la publicación no implican la verdad o la falsedad del resultado de la investigación ni la aceptación generalizada por parte de la comunidad: lo relevante a estos efectos vendría posteriormente, i.e. *después* de la publicación.²¹¹

²¹⁰ Entre otras cosas, podríamos pensar en el incremento de la financiación de grandes compañías a las revistas especializadas en su ámbito, el apremio de los investigadores jóvenes por publicar para la obtención de becas o proyectos, cierta necesidad por gozar de alguna fama, etc.

²¹¹ Como se observa en el filtro de Bahuer presentado anteriormente, con el tiempo y la dinámica científica, sólo una ínfima parte de las millones de publicaciones actualmente existentes serán libros o artículos de referencia *del futuro*. Y, por cierto, esta información quizá llegará a entrar algún día al proceso judicial como un “hecho notorio” y no como una prueba pericial más cuestionable.

Así pues, en mi opinión, debería tomarse en consideración si la publicación ha obtenido alguna “respuesta” por parte de la comunidad, más allá de la publicación misma. En este sentido, me parece un tanto más afortunada la redacción del artículo 422 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, con una versión más exigente al pedir “que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad científica”. Enfatizo la y para aludir a la conjunción que estoy suponiendo.

En cualquier caso, dado que no existe una regulación de estas prácticas editoriales, los estándares de aceptación varían ampliamente de un campo a otro y de una revista o editorial a otras. Y, por supuesto, podríamos discutir amplia y extensamente tanto los parámetros tan diversos que se usan en los distintos lugares de publicación (originalidad, citas, utilidad, etc.)²¹², como el correcto funcionamiento de los procesos que supuestamente se siguen a tales efectos, pero esto extendería sobremanera los límites del trabajo.²¹³ Me basta, entonces, con afirmar que no puede considerarse a la *peer review* como un indicador consistente de la fiabilidad de una teoría o técnica.

Ahora bien, en términos epistémicos ¿es relevante la exigencia de haber superado la *peer review*? Una respuesta afirmativa indicaría que podría ser importante sólo en la medida en que revelara errores o defectos metodológicos e incluso, presumiblemente corregidos. Pero al respecto caben muchos interrogantes: ¿cómo podríamos establecer que hay *verdaderos* desacuerdos metodológicos?, ¿cómo saber si el trabajo sometido a *peer review* ha sido realmente analizado, quizá sólo fue publicado por invitación o por ciertos privilegios otorgados por la editorial al autor?, ¿tiene la editorial o la revista alguna relación directa o indirecta con las partes del juicio?, ¿ha sido rechazado por otras revistas o editoriales?

No pretendo responder estas cuestiones, me basta con enfatizar aquí que un correcto uso de este azaroso factor exigiría tener más información sobre el proceso de publicación mismo, tomando las cautelas correspondientes para atemperar el entusiasmo y la importancia que se le suele atribuir a las publicaciones científicas.²¹⁴ Y, en el mejor de los casos, como ya he señalado

²¹² Chan (2005:120), por ejemplo, cita cuatro preguntas básicas que deben responder los *reviewers* de la revista biomédica JAVA: ¿es válida la metodología descrita?, ¿las conclusiones son razonables?, ¿el material es original? y ¿es importante la información?

²¹³ Un muy peculiar, e incluso provocador, trabajo sobre artículos que sostienen ideas más bien extravagantes disfrazadas con términos muy rebuscados, gráficas elaboradas, gran cantidad de bibliografía, etc., puede verse en Golombek, 2005.

²¹⁴ Como en el propio caso Daubert, donde la *District Court* aparentemente otorgó toda la fiabilidad a las 30 publicaciones presentadas por el experto de Merrell Dow, sin analizar previamente su calidad o prestigio, los datos o procedimientos subyacentes a las conclusiones de los autores, o los criterios editoriales que se observaron para su publicación.

anteriormente, deberíamos tener mayor información sobre las respuestas generados por dicha publicación.

3.3.El rango de error (*its known or potential error rate, and the existence and maintenance of standards controlling its operation*)

Este factor es, en mi opinión, sumamente novedoso en el ámbito probatorio y permitiría solucionar *algunos* de los problemas del razonamiento judicial respecto de *algunas* pruebas periciales mediante el uso de la ratio de error,²¹⁵ es decir, a través de estimaciones de fiabilidad cuantitativa en términos de frecuencias de errores (falsos positivos y falsos negativos), con fundamento en cierto tipo de frecuencias objetivas.²¹⁶

Si bien no hay una noción clara de qué cuenta como *error*, se pueden identificar dos tipos importantes de error, i.e. los falsos positivos y los falsos negativos. Si usamos el ejemplo de las huellas dactilares, un falso positivo ocurriría si un examinador concluye que dos huellas tienen una misma fuente y, de hecho, no la tienen; y un falso negativo ocurre si un examinador concluye que las dos huellas no tienen una misma fuente cuando, de hecho, sí la tienen. Para obtener la ratio, habría que dividir los falsos positivos entre el número de muestras comparadas que tienen fuentes diferentes; y los falsos negativos entre el número de muestras comparadas que tienen fuentes coincidentes.

Pueden consultarse diversos procesos estadounidenses donde los órganos jurisdiccionales han discutido ampliamente el impacto de la revisión por pares para la publicación en la fiabilidad probatoria en Kiely (2002: 85 a 104). Y, en Haack (2007b: 815 a 818) pueden encontrarse varias referencias de los diversos casos en que se vio involucrada la farmacéutica *Merrell Dow*, las publicaciones que presentó como prueba y sus grandes deficiencias.

²¹⁵ Es decir, aprender del error. Como afirma Mayo (1996: xii), en el contexto del conocimiento experimental, conviene “aprender cuáles son los diferentes tipos de error, qué es lo que específicamente se aprende cuando se reconoce un error, cómo se identifica precisamente cuándo es culposo, cómo crece nuestra habilidad para detectar y corregir errores, y cómo está relacionado este conocimiento con el crecimiento del conocimiento científico”.

Una aplicación de esta concepción en el derecho, concretamente en el proceso penal estadounidense, puede verse ampliamente en Laudan (2006).

²¹⁶ Adviértase que aquí no se aborda la probabilidad como una característica del proceso experimental en sí mismo, i.e. carácter probabilístico del conocimiento científico.

Una cuestión interesante en este contexto es la llamada frecuencia de error de segundo orden, esto es, ¿cuál es la frecuencia de error de la hipótesis que afirma la frecuencia de error? Lo que potencialmente nos podría llevar a un regreso al infinito. Ante esta posibilidad, se suele afirmar que el mecanismo de “bloqueo” es cierto consenso de la comunidad científica.

Profundizar en este punto rebasa los objetivos de este epígrafe, por lo que aquí sólo me interesa resaltar dos cuestiones. Primero, obsérvese que el ejemplo anterior hace referencia a la ratio de errores de *un sujeto* concreto en la aplicación de una técnica y no de una *técnica* particular en general. Contar con datos de este segundo tipo tiene el problema que sufre toda hipótesis probabilística, la relación entre el caso concreto y la clase de referencia en juego.²¹⁷ Y, segundo, hay muy distintos tipos de medidas sobre la posibilidad de errores, lo importante es contar con información empírica sobre la fiabilidad de los métodos y/o las técnicas empleados.

Este tipo de información empírica sobre los métodos empleados en un área del conocimiento muchas veces se desconoce o directamente no se tiene, de modo que la única información sobre su fiabilidad parecería ser el hecho de que se usa de forma continuada en contextos específicos. En cambio, si, por otra parte, consideramos que algunas técnicas forenses “cobran vida” casi únicamente en el contexto procesal, parece bastante justificado exigirles que lleven a cabo el tipo de investigaciones empíricas que les permita recabar información sobre su ratio de errores y, así, medir su fiabilidad.

Pero, entiéndase bien el punto, no se trata de una *atribución jurídica* de fiabilidad, el derecho tiene poco o nada que hacer al respecto: es una tarea que corresponde fundamentalmente a las áreas de conocimiento que tienen o pretenden tener un rol en los procesos judiciales. Así, como se afirma en el *NAS Report on Forensic Science* (2009: 188):

Una agenda de investigación completa debe incluir estudios para establecer las fortalezas y limitaciones de cada procedimiento, fuentes de sesgos y variación, cuantificación de las incertezas creadas por estas fuentes, mediciones del rendimiento, los pasos procedimentales en el

²¹⁷ Sobre el problema de la clase de referencia, puede consultarse el volumen 11 del *International Journal of Evidence and Proof*, 2007; especialmente Allen y Pardo, 2007a: 307 - 317.

proceso de analizar pruebas forenses y los métodos para continuar monitoreando y mejorando los pasos de tal proceso.

Consideremos un ejemplo español sobre este tipo de información y, además, algunas de sus posibles consecuencias. Normativamente se *reconoce* cierto rango de error respecto a los radares que miden la velocidad de los coches,²¹⁸ los alcoholímetros²¹⁹ y en casos de cálculo de la “pureza” de la droga a efectos de resolver la “notoria importancia” de la cantidad de ciertos narcóticos como agravante de determinadas conductas relacionadas con el narcotráfico²²⁰. Estos casos son interesantes también porque la interpretación (o las “cuentas”) que se hace con dichos márgenes, en principio, debe ser siempre favorable al acusado. Esto es, en la práctica española, una vez confirmado, por ejemplo, que un radar cumplía con los controles de verificación periódica y se encontraba calibrado, si un acusado circulaba a una velocidad de 117 km./h, un margen de error del 4% se traduce en algo como “la velocidad a la que circulaba el acusado *oscilaba* entre 112 km/h y 122 km/h”; y esa posibilidad de error comporta por sí misma un margen de duda sobre si se excedió la velocidad jurídicamente prohibida. Una duda que se resuelve *pro reo*.

²¹⁸ La norma reglamentaria que determina los valores o rangos de error del cinemómetro utilizado y que sirve de base para identificar el *quantum* de velocidad excesiva con la que transita un vehículo distingue entre aparatos de medición ubicados en una instalación fija o estática y aquéllos que se instalan en vehículos o aeronaves con independencia de si se encuentran estáticos o en movimiento. Así, impone a los aparatos de la primera modalidad un ratio de error máxima del 4% y a los de la segunda del 7% para que puedan considerarse fiables.

²¹⁹ Cobra especial importancia en los “delitos contra la seguridad vial” donde se considera “conducción bajo influencia del alcohol” si el sujeto arroja una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 mg/litro de sangre o superior a 1,2 gr/litro en sangre. Ahora bien, la norma que regula el control metrológico del estado de los instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en aire espirado, contempla como errores máximos permitidos para los llamados etilómetros, en el caso de concentraciones mayores de 0,400 miligramos por litro o menores o iguales a 1 miligramo por litro, el 7,5%.

²²⁰ Según el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 19/10/2001, “la agravante específica se determina a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el informe del Instituto Nacional de Toxicología; para lo cual se tomará en cuenta exclusivamente la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza.” A partir de esto, la jurisprudencia española han establecido 750 gramos como límite a partir del cual procede estimar esta agravación específica. A su vez, los peritos hablan de un 3% como margen de error; y con cierta frecuencia se ha fijado en un porcentaje del 5%. Véanse las sentencias de la sala de lo Penal del Tribunal Supremo español 967/2000, 1395/2000, 1614/2001, 217/2003, 911/2003, 570/2005, 1072/2006 y 413/2007.

Esto, evidentemente, trae consigo la interesante pregunta sobre la relación entre esta información estadística *general* y los estándares probatorios en los casos *concretos*, en otras palabras, ¿los “márgenes de duda” en juego son coincidentes? La misma cuestión podría aplicarse a los alcoholímetros: el juzgador en cuestión aun podría cuestionar la presunción del legislador sobre que la mera superación de la tasa implica la existencia de influencia de alcohol o, en el ejemplo anterior, un riesgo para la seguridad vial.

Por otro lado, se ha abierto una amplia discusión sobre el mejor “formato” o la forma más adecuada de presentar dicha información, esto es, si presentarla en términos cuantitativos o mejor en términos cualitativos (“*match*”, “*consistent with*”, “*identical*”, “*similar in all respects tested*”, “*cannot be excluded as the source of*”, etc).²²¹ La preocupación subyacente es la supuesta fácil persuasión que esta información tendría en los juzgadores de los hechos. En mi opinión, bajo este argumento ninguna forma sale triunfante; más bien sugeriría que es indispensable cambiar la práctica generalizada de esperar certezas y aprender a trabajar con los grados de incertidumbre y con los límites de todas las técnicas periciales. Como en su día afirmó Denti (1972: 280) “el verdadero límite que hace arredrarse ante el uso de determinadas técnicas de indagación, no es, por tanto, la incertidumbre sobre la atendibilidad de sus resultados (la cual, si acaso, puede sugerir prudencia y estricto control de su valoración)”.

3.4. La aceptación general de la comunidad científica (*whether it has attracted widespread acceptance within a relevant scientific community*)

Hemos visto en párrafos anteriores algunos de los problemas enfrentados por los tribunales estadounidenses con este criterio establecido en Frye, dada la vaguedad o indeterminación que sus componentes presentan, i.e., la definición

²²¹ Además del establecimiento de terminologías, medidas e informes estándares, el desarrollo de procedimientos de acreditación y códigos de ética; así como el incremento en los fondos para la educación continua y el entrenamiento de los forenses, etc.

de “comunidad científica”²²², la identificación de la comunidad relevante y la determinación de la generalidad de la aceptación. Sin embargo, los problemas o retos para el sistema jurídico, en mi opinión, no sólo surgen *para* la aplicación de este factor sino también *de* su aplicación. Veamos.

Primero, el término “comunidad científica” es muy vago tanto cualitativa como cuantitativamente, no resultando fácil saber quiénes constituyen tal comunidad. Por lo que toca a los criterios cualitativos pueden ser de naturaleza muy diversa, desde la mera credencial de pertenencia por haber pagado una cuota o cumplido algunos requisitos formales hasta el hecho de compartir implícita o explícitamente (en grados diversos) presupuestos de distintos tipos (teóricos, experimentales, metodológicos, etc.). Por ejemplo, Quesada (1998:263) considera que los investigadores que comparten *todo* lo siguiente, forman una comunidad científica:

normalmente los científicos formulan hipótesis o modelos y tratan de averiguar su valor experimentalmente o debaten sobre ello compartiendo experiencias, formación, conocimientos, valores metodológicos y estratégicos y objetivos con otros colegas, leyendo las mismas publicaciones, participando en los mismos congresos, etc. Algunas veces, al menos, tomar en consideración la comunidad científica a la que pertenecen es crucial *para entender aspectos importantes* de la evolución de la investigación en una determinada área.

Esta concepción de “comunidad científica”, pese a que alude a aspectos cualitativos, no delimita con precisión el conjunto (suponiendo que esto sea posible). Aunque quizá la idea de Quesada es intuitiva, las nociones que

²²² Según Dwyer (2008: 110), “una diferencia entre las pruebas periciales (expert evidence) y las pruebas no-periciales es que, en muchos casos (aunque no en todos) las pruebas periciales son producto de la práctica de una comunidad estable en una sociedad. Este es sutilmente distinto a decir que la prueba pericial representa un cuerpo de conocimiento especial en una sociedad”. En su opinión, algunas veces es relativamente fácil identificar los confines de dichas comunidades, pero en otros casos no hay esa comunidad y solamente se comparte un genérico conjunto de conocimientos y en otros casos hay sólo un individuo que cuenta con un conjunto de conocimientos.

emplea (como hipótesis, modelo, valor experimental, conocimiento, método) tienen tan diverso significado e implicaciones que resultan exigencias demasiado vagas. Además, sus puntualizaciones sociológicas (las mismas publicaciones, los mismos congresos) pueden ser cumplidas con relativa facilidad por muchos grupos no científicos.

Pero, supongamos que podemos identificar o determinar la comunidad científica, ¿por qué o para qué importaría si al perito no se le pide que diga cuál es la concepción mayoritaria sino sus propias consideraciones? (Devis Echandía, 1972: 53).

El problema de sostener este criterio es el de determinar cómo debe afrontar un juez los desacuerdos entre un perito concreto y, digamos, su comunidad; sobre todo cuando esta última es ampliamente reconocida. Pero podría haber un desacuerdo genuino incluso entre los diversos miembros de una comunidad, no teniendo ésta una posición unánime; sería muy ingenuo pensar que *todos o casi todos* los miembros de la comunidad acuerdan *siempre*, por ejemplo, en el marco teórico aplicable o cómo aplicar los conocimientos teóricos en el caso concreto. Es más, para muchos, una de las características más importantes para el progreso de la empresa científica, y del conocimiento en general, es precisamente la diversidad de posiciones y el debate de éstas.²²³

Pero sigamos suponiendo que tenemos identificadas comunidades científicas: el siguiente paso sería preguntar si es la comunidad *relevante*, tal como lo requiere el segundo componente de este factor Daubert. Decidir cuál es la comunidad relevante puede llegar a ser también bastante problemático tanto sustantiva como procedimentalmente: sustantivamente porque que hay pericias en las que participan áreas de conocimiento diversas que constituyen

²²³ En el ámbito jurídico probatorio todo esto debería llevarnos a considerar explícitamente estas posibilidades y pensar, por ejemplo, en escenarios más propicios para la práctica de las pruebas periciales que permitieran abordar los desacuerdos. Y no, como hasta ahora, suponer simplemente que son resultado de la parcialidad del perito.

comunidades diferentes; y, procedimentalmente, en función del tipo de relación del perito con dicha comunidad. Así, por ejemplo, el criterio Daubert es criticado por favorecer a los demandados sobretudo en casos de derecho de daños, puesto que, por ejemplo, las grandes farmacéuticas antes de sacar al mercado sus productos debieron pasar por lo que se podría considerar como la posición científica dominante; siendo así, en un proceso judicial los demandantes tendrían que desafiar precisamente aquello que esa comunidad científica a través del perito correspondiente sostuviese.

Y aun suponiendo que podemos no sólo identificar quién constituye la comunidad científica sino que también es posible saber que se trata de la comunidad relevante, entonces merece alguna consideración el criterio eminentemente cuantitativo de “generalidad” de la aceptación en juego. Una generalidad que podría entenderse como una mayoría absoluta²²⁴, mayoría cualificada (un tanto más complicado por cómo se elige a quienes la constituirían), o mayoría ordinaria²²⁵ de la comunidad científica. Por su parte, el ya citado artículo 422 del Código de Procedimiento Penal colombiano tiene acentuado este problema al requerir que la teoría o técnica “goce de aceptabilidad en la comunidad académica”. Por un lado, sólo hace referencia a la “aceptabilidad”, ni siquiera pide una generalidad, siendo entonces más indeterminado; pero, además, limita la comunidad relevante a la comunidad “académica”.²²⁶

Y, finalmente, como ya se mencionó en páginas anteriores, la aceptación general nos lleva a reflexionar sobre las *razones* de dicha aceptación, y no

²²⁴ En el contexto estadounidense un caso interesante al respecto es *People v. Miller*, 670 N.E. 2d 721, 731 (Ill. 1996) de la Supreme Court of Illinois, que considera como mayoría calificada las decisiones tomadas en los tribunales del estado respecto a la admisión de una prueba *six-step RFLP process*.

²²⁵ Nuevamente en el ámbito estadounidense, pueden verse como ejemplos, los casos *People v. Zayas*, 546 N.E. 2d 513, 518 y *Donaldson v. Cent Ill Pub Serv. Co.*, 767 N.E. 2d 314, 324 de la *Supreme Court of Illinois*.

²²⁶ Nieva (2010: 295) pareciera ir mucho más allá al exigir la aceptación de lo que llama “comunidad científica internacional”, aunque en su explicación al respecto sólo hace referencia a diversos tipos de publicaciones y al uso regular en la praxis.

meramente a quedarnos con la aceptación misma.²²⁷ En este último caso, podría fácilmente confundirse la verdad de una hipótesis con su mera aceptación, i.e., porque es aceptada es verdadera. Aunque, bien entendida, la aceptación *podría* ser vista como un indicio de corrección, no es en absoluto concluyente de la misma.

Por otro lado, hay algunas cuestiones interesantes a plantear respecto a la cuestión planteada al inicio del análisis de la aceptación general de la comunidad científica, relativa a los problemas que surgen *en* su aplicación (i.e. suponiendo que hemos identificado que la generalidad de la comunidad científica relevante lo acepta). Primero, evidentemente está en juego cierta actitud deferencialista, ya no hacia un perito concreto sino hacia una comunidad científica (tema que se abordará fundamentalmente en capítulo cuarto). Lo que aquí me importa destacar es que esta actitud no sólo puede ser tomada por quien opere como juzgador de los hechos en el caso particular, sino también de forma directa e indirecta a nivel institucional.

Indirectamente podría hacerse a través de los criterios de selección de peritos o de las obligaciones impuestas a los jueces y juzgadores de los hechos, por ejemplo siendo más exigentes en la motivación de las decisiones cuando el juez no está de acuerdo con las afirmaciones periciales y menos exigentes cuando resuelva de forma coincidente con lo afirmado por el perito. Es, en cambio, una expresión directa de deferencia institucional, por ejemplo, la creación de “órganos oficiales”, a través de la adscripción de expertos que cumplan la función de asesores judiciales, quizá exigiendo para su adscripción determinado grado de pericia y una formación continua; o el acudir a entidades con cierto prestigio social (v.gr., centros universitarios de investigación o colegios de profesionales). En definitiva, puede decirse que se trata en estos

²²⁷ En el ámbito jurídico-probatorio, por ejemplo, Denti (1972: 280):

... los métodos de investigación se consideran correctos *sólo* porque son aceptados por la generalidad de los estudiosos en un momento histórico determinado, sin excluir que dichos métodos puedan ser considerados como erróneos en un momento sucesivo.” O, más recientemente, Rivera Morales (2011: 271) equipara “verdadera ciencia” con “la considerada como tal por el consenso general en la comunidad científica.

casos de un tipo de medidas que permitirían identificar *a priori* la comunidad de referencia.

Otro punto, en parte relacionado con el anterior, tiene que ver con el tipo de información que podríamos pedirle a las comunidades científicas; incluso si, por ejemplo, deberían éstas establecer de alguna manera los factores de fiabilidad. Los factores Daubert, por ejemplo, han sido fuertemente criticados no sólo por centrarse en las pruebas científicas y dejar de lado la amplia variedad de pruebas periciales no-científicas, sino porque sus factores supuestamente están pensados para las llamadas ciencias duras y no son aplicables a las ciencias humanístico-sociales. ¿Esto nos llevaría a pensar, v.gr., en que también deberíamos buscar la aceptación general de la comunidad sobre los criterios que considerarían como indicios de fiabilidad?, ¿hasta qué punto juegan un rol las comunidades científicas en ello?

Por supuesto, una cosa es la información que nos puedan brindar las comunidades científicas y otra, muy diferente, que defiramos en éstas la determinación del nivel de fiabilidad aceptable *a efectos jurídicos*. Schauer (2009: 1191ss), por ejemplo,²²⁸ sostiene que los estándares de fiabilidad que los tribunales deben emplear deberían depender en última instancia de los objetivos de las instituciones jurídicas y no de los objetivos de las instituciones científicas, así:

La ciencia puede decirnos que un proceso científico concreto tiene, digamos, un 12% de tasa de error (o tasas específicas de errores del tipo I y del tipo II o falsos positivos y falsos negativos). Y los científicos deben decidir para sus propios propósitos científicos si tales tasas son suficientes, por ejemplo, para afirmar que algo es el caso, concluir que un resultado es adecuado para publicar o para considerar un proyecto de investigación lo suficientemente prometedor para renovar un financiamiento. Pero si tal tasa de error es suficiente para que un

²²⁸ En el mismo sentido argumentan Gascón, Lucena y González (2010: 5).

juzgador de los hechos envíe a alguien a prisión, lo exonere de la cárcel, justifique una orden judicial o impute daños, no es en sí misma una cuestión científica.

Una vez vistos cada uno de los criterios o factores Daubert (falsabilidad, rango de error conocido o posible, *peer review* o publicación y la aceptación de la comunidad científica de referencia), se plantea el interrogante acerca de las posibles relaciones entre ellos a los efectos de inferir el grado de fiabilidad del elemento probatorio (recordando que una de las observaciones de la Corte fue que este listado no era definitivo ni exhaustivo).

De los cuatro criterios, tres no se consideraron condición necesaria (aunque tampoco condición suficiente) para la admisión de la prueba. En este sentido, para satisfacer las exigencias de Daubert bastaría con el cumplimiento de cualquier “conjunto” de sus criterios (de combinaciones diversas de ellos) , siempre y cuando entre los criterios satisfechos se incluya la falsabilidad (o la falsación). A partir de esto, podemos tener dos extremos y una multitud de situaciones entre ellos, sobre todo si se considera que algunos de los criterios admiten graduaciones, es decir, no son conceptos categóricos. Entonces, en uno de los extremos una prueba científica cumpliría con todos los criterios establecidos en Daubert; mientras en el otro extremo, una prueba científica sólo cumpliría con la falsabilidad o, si se prefiere, con la falsación.

Por otro lado, parece que los criterios se pueden solapar con relativa facilidad. Por ejemplo, haber pasado por una revisión entre pares puede interpretarse como aceptación general de la comunidad científica; el rango de error conocido o posible puede fundamentarse o conocerse por medio de alguna publicación científica o, incluso a través de la comunidad científica de referencia; y, la falsabilidad e incluso la falsación, puede advertirse por la comunidad científica o por alguna publicación.

3.5. Un quinto factor

La Corte Suprema estadounidense, en la resolución del caso Daubert, revocó la resolución de segunda instancia pero no aplicó los criterios recién expuestos, sino que remitió el expediente a la *Court of Appeals* correspondiente, ordenándole hacer tal tarea.²²⁹ Este tribunal de apelaciones, en la ponencia del juez Kozinski, hizo una interesante lectura sobre la recién dictada sentencia concluyendo que correspondería a los tribunales la muy difícil tarea de resolver disputas entre respetados científicos con buenas credenciales sobre cuestiones que pertenecen totalmente a la *expertise* de éstos; para lo cual no deberían centrarse en lo que los expertos dijeran sino en *la base que tienen para decir lo que dicen*.

Bajo este supuesto el tribunal, después de valorar la prueba ofrecida por los demandantes, aplicando los cuatro factores indicados por la Corte Suprema, consideró que otro factor a tomar en cuenta era si los expertos ofrecidos habían llevado a cabo *investigaciones científicas anteriores e independientes* al proceso en cuestión, pues esto proveería el fundamento más persuasivo para concluir que el testimonio derivaba del método científico. Según el tribunal, no se debería olvidar que el lugar de trabajo normal de los científicos es el laboratorio y no los tribunales o los despachos de los abogados; con excepción explícita de las llamadas ciencias forenses, cuyo ámbito de acción es fundamentalmente el proceso judicial.

El juez Kozinski dio dos argumentos para fundar el nuevo criterio. Primero, que los resultados que presentaban aquellos expertos que ya estaban realizando una investigación independiente al respecto eran menos propensos a presentar algún sesgo que favoreciera una conclusión particular dada cierta promesa de remuneración. Y, segundo, que la investigación independiente llevaba sus

²²⁹ El procedimiento normal habría sido que el tribunal de primera instancia, la *District Court*, hubiese resuelto la admisibilidad después de la sentencia de la Corte. Sin embargo, al parecer se consideró que por interés de la justicia y economía procesal sería mejor si decidía el tribunal de apelaciones. Véase la sentencia *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc. (Daubert IV)* 43F.3d 1311, 1317 (9th Cir. 1995).

propios indicios de fiabilidad, mismos que debían satisfacerse para captar financiación y soporte institucional.

Ahora bien, dado que el testimonio ofrecido por los expertos no cumplía con éste nuevo factor, el tribunal argumentó que la parte con la carga de la prueba debería ofrecer pruebas objetivas y verificables de que dicho testimonio estaba basado en principios científicos válidos. Y un medio para mostrar esto era la revisión por pares para la publicación que, pese a no garantizar la corrección de lo dicho por los expertos, avalaba la solidez o consistencia de la metodología empleada. Esto último, según el tribunal, era lo que importaba bajo el criterio Daubert.

En el caso Daubert, el tribunal de apelaciones considerando que la cuestión básica era si los actores aportaban elementos suficientes para probar el hecho fundamental de la demanda, es decir, que el Bendectin causó los daños congénitos de Jason y Eric, resolvió la inadmisibilidad de las pruebas y terminó dictando sentencia sumaria a favor de la farmacéutica.²³⁰

Ahora bien, como advierte Haack (2008b: 1075), es posible distinguir dos sentidos de “investigaciones dependientes de un proceso judicial”: que la necesidad de la investigación surja a causa de un litigio o que la investigación sea realizada con el propósito de encontrar pruebas que favorezcan a una de las partes en un litigio. Aunque la primera podría derivar en la segunda, no necesariamente se solapan; y es conviene distinguir las puesto que la primera no estaría intrínsecamente sesgada, mientras la segunda sí.

En definitiva, dadas las dificultades en la interpretación y aplicación judicial de los criterios Daubert para valorar su vaga exigencia de científicidad, más que en una adecuada solución al problema de la admisibilidad de la *expert*

²³⁰ Según Faigman (1999: 64), los representantes de Daubert apelaron esta nueva decisión ante la Corte, pero esta vez el recurso no fue admitido. Un análisis muy detallado sobre este quinto factor introducido por el tribunal de apelaciones puede verse en Haack, 2008b.

evidence, puede decirse que esos criterios se convirtieron *en el* problema de este tipo de elementos de prueba.

4. Post-Daubert: la trilogía

La Corte Suprema estadounidense retomó el tratamiento de los criterios mencionados en dos casos posteriores, integrando lo que se ha identificado en la doctrina estadounidense como “la trilogía Daubert” (*Daubert trilogy*) o Daubert y su descendencia (*Daubert and its progeny*). Para cerrar con la experiencia estadounidense, veremos someramente estos dos casos, enfatizando los cambios que supusieron en lo dicho inicialmente por la Corte.

4.1. *General Electric Company, et al. v. Joiner, et ux*

En 1992, Robert K. Joiner demandó a *Monsanto, General Electric y Westinghouse Electric* alegando que, como electricista, su constante exposición a diversas sustancias químicas (PCB y sus derivados furfurano y dioxinas) fabricadas por los demandados o presentes en los materiales fabricados por éstos, había contribuido al desarrollo del cáncer pulmonar microcítico que padecía.²³¹ Como sustento de esto ofreció el testimonio de dos expertos que afirmaban que su exposición a dichas sustancias *podría haber* causado su enfermedad o, al menos, habría *contribuido significativamente* a ella. Fundamentaron su testimonio en estudios toxicológicos, epidemiológicos, *in vitro* y estudios hechos en crías de ratones cuya exposición a la citada sustancia originó el desarrollo de adenomas pulmonares.

El tribunal dictó sentencia sumaria a favor de los demandados porque consideró que no había razones que fundaran su pretensión para iniciar un

²³¹ Joiner trabajó como eléctrico en el *Water and Light Department of Thomasville* en Georgia, estando en contacto directo con transformadores eléctricos. Sin embargo, es interesante advertir que Joiner, pese a sólo tener 37 años, había sido fumador durante aproximadamente ocho años, sus padres habían sido también fumadores y tenía antecedentes familiares de cáncer pulmonar. Por ello, en realidad, teniendo un riesgo considerablemente alto de padecer cáncer, en su demanda alegaba que su exposición había contribuido causalmente al desarrollo temprano de su enfermedad.

proceso judicial por la exposición de Joiner al furfurano y las dioxinas; y, respecto al PCB, determinó que los peritos no habían mostrado el nexo causal entre la exposición a éste y el desarrollo de cáncer, por lo que las pruebas eran inadmisibles, no pareciendo ser más que una creencia subjetiva o una especulación no fundamentada de éstos. Entre otras cosas, el tribunal argumentó que había una gran diferencia entre el contenido de las pruebas y los hechos del caso: pues mientras los estudios presentados eran con animales expuestos a altas concentraciones y dosis masivas de PCB inyectado directamente en su estómago o peritoneo, tras lo cual habían desarrollado sólo adenomas, la exposición de Joiner había sido a escala mucho menor y había desarrollado carcinomas.

Joiner apeló la decisión alegando que los estudios con animales podrían llegar a ser un fundamento adecuado para la admisión del testimonio de sus expertos y que, además, la atención del tribunal al decidir sobre la admisión de pruebas periciales se debía centrar solamente en los principios y la metodología subyacentes a éstas, no en las conclusiones. Tal como fue establecido por la Corte Suprema en el caso Daubert, las conclusiones supuestamente deberían ser valoradas únicamente por el juzgador de los hechos y no por el juez de admisión.

Lo que se discutía, entonces, era que las conclusiones de los expertos del demandante eran meras especulaciones, puesto que ninguno de esos estudios *aislados* probaba el nexo causal aludido. Contra esto, el demandado había argumentado que aunque de manera individual ninguno de esos estudios demostraba que la exposición a las sustancias en cuestión era la causa de su cáncer o había contribuido a éste, *tomados conjuntamente* podrían sustentar tal cuestión. Los demandados contra-argumentaron diciendo que el demandante estaba cometiendo una falacia al suponer que la combinación de pruebas fundamentaba en mayor grado su conclusión respecto al nexo causal que *cada una* de ellas como elementos particulares.

En apelación, el tribunal respectivo consideró que la sentencia de primera instancia había cometido dos errores fundamentales: primero, sacar conclusiones diversas a las expuestas por los peritos, abusando de su única función de revisar la fiabilidad de la prueba pericial y dejar al jurado decidir. Y, segundo, considerar que no había razones de fondo sobre la exposición a las otras sustancias. Por ello, concedió la apelación a los demandantes.

Así pues, mientras que en primera instancia se excluyeron las pruebas periciales presentadas por el demandante por considerar que eran “creencias subjetivas o especulaciones sin soporte”, en segunda instancia se consideró que se debería aplicar un estándar de revisión riguroso o estricto a la decisión de excluir pruebas científicas de un caso determinado, dado que las FRE favorecían la admisión de este tipo de pruebas.

En última instancia, los demandados, alegando el criterio de revisión aplicado por el tribunal de apelación, llevaron el caso a la Corte Suprema en 1997. En ese punto, la cuestión procesal era determinar, bajo los criterios Daubert, el alcance del poder de los tribunales de apelación para revisar una decisión sobre la admisión o exclusión de pruebas científicas por parte de los jueces de primera instancia. Resolvió, entonces, que el criterio de revisión correspondiente sería “el abuso de discreción” del juzgado de primera instancia, quien gozaba de una amplia discreción para admitir o excluir pruebas, por lo que el tribunal revisor sólo podía revocar sus decisiones cuando se tratará de un “error manifiesto”.²³² Aunado a esto, respondiendo al argumento de Joiner sobre los supuestos límites del juez de admisión, la Corte afirmó que las conclusiones y la metodología no eran enteramente distinguibles unas de otras.

²³² En Estados Unidos, la posibilidad de que un error en la admisión de pruebas sea susceptible de revocación depende en gran parte de si trata de un juicio por jurado o si, por el contrario, es un *bench trial*. En éstos últimos, se suele considerar que el error de admitir una prueba que no debía ser admitida es reversible puesto que el juez no tomará en cuenta la prueba inadmisibile a la hora de decidir. En cambio, si se trata de un error en la exclusión de pruebas se suele considerar que no hay diferencia alguna entre los juicios por jurado y los *bench trials*. Véase, al respecto, Mueller y Kirkpatrick, (2007: 13 ss.).

A diferencia del caso Daubert, en Joiner la Corte directamente tomó la decisión sobre el caso y confirmó la exclusión de las pruebas periciales del demandante, argumentando que no se había explicado la extrapolación de los resultados provenientes de estudios con animales bajo determinadas condiciones a la situación del señor Joiner. Se resolvió, entonces, que las pruebas periciales presentadas eran insuficientes por sí solas o en conjunto para sustentar que la exposición a PCB había contribuido al desarrollo del cáncer del demandante.²³³

Hay al menos tres puntos interesantes a tratar en este caso:

- a. La revisión de las decisiones sobre la admisibilidad de las pruebas periciales
- b. El atomismo impulsado por Daubert
y
- c. La abandonada distinción entre el método y las conclusiones defendida en Daubert.

Sobre el primer punto, la revisión de las decisiones de admisión o exclusión de pruebas periciales, nada diré sobre un criterio como el “error manifiesto” que adoptó la Corte Suprema Estadounidense. Más bien me interesa recalcar tres aspectos generales de los controles sobre las decisiones de admisión o exclusión de pruebas periciales: la política pro-admisión y la posibilidad de recurrir la exclusión de pruebas relevantes.

Si bien la Corte interpretó que las FRE mostraban una clara preferencia por la admisión de pruebas periciales antes que por su exclusión, en mi opinión, esta adecuada decisión no es una cuestión parroquial. Desde el punto de vista epistemológico la regla debería ser admitir antes que excluir, es decir, en caso

²³³ Según la Corte, el demandante se había centrado sólo en intentar argumentar que los estudios en animales podrían ser un fundamento adecuado para las conclusiones periciales

de duda sobre la relevancia de una prueba es preferible su admisión antes que su exclusión.

Por otro lado, se puede observar aquí una diferencia interesante entre los sistemas que tienen un mismo juez que resuelve la admisión de pruebas y que les atribuye el valor probatorio correspondiente a efectos de tomar una decisión sobre los hechos y aquellos sistemas que tienen jueces diferentes para estas cuestiones, i.e., una especie de juez de admisión y otro juzgador de los hechos. En los primeros, la revisión sobre la exclusión de pruebas se suele llevar a cabo en la revisión de la decisión final mediando una evaluación por una instancia superior del impacto que la prueba excluida hubiese tenido en el razonamiento del juez. Esto tiene sentido dado que el control se realiza a partir de la motivación de las sentencias a que están obligados nuestros jueces; un tipo de control inexistente en un sistema como el estadounidense donde los juzgadores de los hechos no tienen la obligación de motivar sus veredictos. En cambio, cuando hay un juez que decide la admisión de una prueba pericial diferente a aquel que la valorará, cobra mayor sentido revisar la exclusión de una prueba antes dado que dicha decisión inicial podría determinar la decisión que tomará el otro juez. En Estados Unidos, por ejemplo, el juzgador de los hechos no sabrá si quiera que esa prueba ha sido excluida.

Por lo que corresponde al atomismo impulsado por Daubert, es decir, la disputa entre los abogados de la General Electric y los de Joiner respecto a que múltiples piezas probatorias débiles individualmente podrían resultar en una prueba sólida cuando actúan conjuntamente, pone sobre la mesa también un interesante debate epistemológico. Si consideramos, como lo hace Haack (2008c: 263), que “bajo ciertas condiciones, una combinación de piezas probatorias avala una conclusión en un grado mayor que cualquiera de sus componentes por sí mismo”²³⁴, la exigencia de decidir la admisión de pruebas

²³⁴ Vale la pena advertir que Haack (2013a: 79) presupone aquí su teoría sobre el aval de una conclusión, i.e., cuán avalada está una conclusión a partir de las pruebas disponibles. Lo que dependería entonces de tres factores:

de forma individual podría impedir el proceso necesario para ello. La adopción de esta concepción obstaculizaría la admisión de pruebas individuales que podrían ser débiles *sólo* separadamente.

En esta crítica también están en juego distinciones relevantes entre los sistemas jurídicos que quizá es necesario explicitar para aclarar la indudable importancia de la “combinación” de elementos de juicio para satisfacer el grado de prueba requerido. Para ello, previamente hay que recordar que la etapa de admisión estadounidense es distinta a la mayoría de los países de tradición romano-germánica, dada la institución del jurado lego como juzgador de los hechos y la práctica adversarial de los abogados. En la admisión estadounidense el objetivo del juez profesional es valorar si se tienen elementos de prueba suficientes que permitirían al jurado tomar una decisión fáctica adecuada. En nuestros sistemas, el mismo juez que decide la admisión valora en la etapa correspondiente también la suficiencia de *todas* las pruebas; comúnmente la etapa de admisión básicamente sirve como filtro para excluir las pruebas ilícitas y las eminentemente irrelevantes, pero no se valoran cuestiones sobre la suficiencia probatoria. Ahora bien, el juez tiene que valorar individualmente cada uno de los elementos de prueba pero también hacer una valoración conjunta de las mismas, en esta última evidentemente que se tomará en cuenta la “combinación de las piezas probatorias” disponibles, pues no se trata de una mera acumulación de pruebas.

-
- a. Qué *grado de apoyo* ofrecen las pruebas; análogamente: cuán bien encaja una entrada de un crucigrama con la pista dada y las entradas ya completadas. Las pruebas pueden dar algún grado de *apoyo* (ser positivas, favorables) a determinada conclusión, pueden *socavarla* (ser negativas, desfavorables), o ser *neutrales* (irrelevantes).
 - b. Cuán *seguras* son las razones, con independencia de la afirmación en cuestión; análogamente: cuán razonables son las otras entradas entrecruzadas con ésta que ya se han completado, independientemente de la palabra en cuestión. Cuanto mayor sea la seguridad independiente de las razones *positivas*, la conclusión estará *más* avalada; pero, cuanto mayor sea la seguridad independiente de las razones *negativas*, la conclusión estará *menos* avalada.
 - c. Cuán *inclusivas* son las pruebas, es decir: cuántas de las pruebas relevantes tenemos; análogamente: qué proporción del crucigrama ha sido completado. Las pruebas con un mayor grado de inclusión dan más aval a una conclusión que las pruebas con menor grado de inclusión, si y sólo si, las pruebas adicionales son *al menos tan favorables* como las demás.

Con independencia de estas diferencias, en sistemas de tradición romano-germánica aun podríamos tener algún tipo de “obstáculos atomistas” en la admisión si se interpreta que una prueba es relevante solo cuando está directamente relacionada con los hechos principales del caso y no con un análisis más integral de los mismos que permita reconocer como relevantes, por ejemplo, las llamadas pruebas sobre las pruebas. Es decir, que se admitan aquellos elementos de juicio que no tienen que ver directamente con los hechos del caso sino con las pruebas que se han presentado previamente para probarlos.

Por último, corresponde ahora abordar el abandono de la distinción entre método y conclusiones adoptada en Daubert. Recordemos que, según la Corte, las decisiones sobre la admisión de las pruebas científicas deberían centrarse en el método empleado por el experto y no en sus conclusiones. En primer lugar habría que decir que no resulta claro cómo entendía esta supuesta diferencia la Corte. Una posible lectura tendría que ver con el criterio de científicidad, i.e. que aquello que supuestamente haría fiable a una prueba de este tipo sería seguir el llamado método científico. En epígrafes anteriores ya se ha hablado sobre la científicidad y la estrategia de intentar delinear un único estándar de razón para la empresa científica, dándose argumentos para su abandono, por lo que no insistiré en ello. Más bien me interesa dar cuenta someramente de dos razones que podrían justificar la decisión de tomar en cuenta también los resultados supuestamente generados por un método fiable. Y es que un método puede ser válido para algunos propósitos pero no para otros; y, además, puede haber una considerable brecha entre el método empleado y los resultados obtenidos.

La fiabilidad de un método es relativa al objeto al que se aplica, o, en otros términos, un mismo método puede dar resultados fiables para una cosa y no para otra. Un análisis de sangre, por ejemplo, puede ser fiable para detectar ciertas enfermedades pero no para detectar otras. Y que un método sea fiable

no significa que sea infalible, por muy diversas razones, los resultados obtenidos a partir de un método fiable pueden resultar cuestionables.

4.2. Kumho Tire Co., Ltd., et al. v. Carmichael

El tercer caso de la trilogía Daubert inició en 1993. Los descendientes de Patrick Carmichael, fallecido en un accidente automovilístico originado por la explosión de un neumático del vehículo en que viajaba, demandaron junto con otros sobrevivientes de la tragedia al fabricante *Kumho Tire* y a su distribuidor, alegando un supuesto defecto en la manufactura o en el diseño del neumático en cuestión.

Los demandantes ofrecieron como prueba el testimonio de Dennis Carlson Jr., un ingeniero mecánico supuestamente analista en fallos de neumáticos.²³⁵ Éste sostenía que, según su experiencia, en ausencia de al menos dos de cuatro indicios físicos que revelan un abuso en el uso de los neumáticos,²³⁶ las fallas mecánicas como la presentada eran causadas por un defecto de fábrica del propio neumático. Fundamentaba su testimonio en una inspección visual y táctil del neumático afectado, por la que concluía que no había habido abusos en su uso; y, en su opinión, éste era defectuoso de origen.²³⁷

La primera instancia consideró que pese a que el testimonio presentado pertenecía al llamado conocimiento técnico y no al científico, debería cumplir con su función de *gatekeeper* y valorar la fiabilidad de la prueba con los factores Daubert. Así, resolvió la inadmisión de la prueba pericial concluyendo que las afirmaciones de Carlson no habían sido previamente sometidas a prueba alguna, no había publicaciones con revisión de pares sobre la técnica

²³⁵ Además de haber realizado un máster en ingeniería mecánica había trabajado durante diez años en *Michelin America, Inc.* y había sido perito en otros casos sobre este tipo de problemas.

²³⁶ Estos indicios eran: mayor desgaste (irregular) en el hombro del neumático (zona externa de rodadura) que en el centro; signos de ranuras en los bordes de contacto con la llanta (los bordes del neumático se han presionado muy fuertemente sobre los bordes internos de la llanta); paredes laterales con signos físicos de deterioro, como decoloración; y/o marcas en los bordes de las llantas de las ruedas.

²³⁷ El neumático en comento, al parecer, era antiguo, con un historial poco afortunado y, además, presentaba algunos de los signo de abuso señalados por él mismo experto.

empleada, no había un rango de error conocido o potencial y tampoco se observaba la aceptación general de la comunidad de expertos relevante. Una decisión que fue apelada por los demandantes.

En segunda instancia, el tribunal de apelaciones resolvió que Daubert se limitaba al contexto científico y que el testimonio en cuestión estaba sustentado en la experiencia y/o habilidades de Carlson y no en la aplicación de dichos principios o teorías científicas. Con este presupuesto, revocó la aplicación de los cuatro factores a dicho testimonio y ordenó al tribunal de primera instancia cumplir con su función de *gatekeeper* tomando en consideración otros criterios para decidir sobre su admisibilidad.

A efectos de resolver los criterios aplicables a otros tipos de pruebas periciales, el caso llegó a la Corte Suprema estadounidense en 1999. Ésta, por mayoría absoluta, reafirmó primero la obligación de los jueces de asegurarse que al proceso entraran sólo pruebas periciales relevantes y fiables; y, en segundo lugar, determinó que no podría trazarse una división clara entre el conocimiento científico y otros tipos de conocimiento, ya que un experto podría inferir conclusiones de un conjunto de observaciones basadas en su amplia y especializada experiencia.²³⁸

Así pues, la Corte Suprema consideró que la FRE 702 no diferenciaba entre “conocimiento científico”, “conocimiento técnico” u otro tipo de “conocimiento especializado”, sino que hacía énfasis en que *todo tipo de conocimiento* podía

²³⁸ En el periodo entre Daubert y Kumho los tribunales estadounidenses aplicaron el criterio de la científicidad de forma muy diversa, algunos afirmando que Daubert sólo se aplicaba al conocimiento “científico” y, por ello, excluyendo el testimonio de constructores de túneles, ingenieros, diseñadores, etc. (véase los casos *Iacobelli Construction Inc., v. Country of Monroe*, 32F 3d19; *U.S. v. Starzcepyzel*, 808 F.Supp.1027, 1031; *U.S. v. Webb o Compton v. Subaru*, 82 F.3d 1513, 1516). Otros afirmando que era aplicable a *todos* los peritos, valorando con los criterios Daubert la admisibilidad (y exclusión) de ingenieros civiles, entrenadores de policías, científicos sociales, psicólogos, contadores, etc. (véase los casos *Watkins v. Telsmith*, 121 F.3d 984, 986; *Berry v. City of Detroit*, 25 F.3d 1342; *Tyrus v. Urban Search Management*, 102 F.3d 256). Y otros considerando que Daubert podría ser aplicable a los peritos no-científicos bien porque tenían la obligación de valorar la fiabilidad o por mera precaución (véase los casos, *Bogossian v. Mercedes Benz of North America*, 104 F.3d 472; o, *U.S. v. Velasquez*, 6 F.3d 844, 850.)

ser objeto de prueba pericial.²³⁹ Concluyendo entonces que era al “conocimiento” y no a sus adjetivos añadidos (como “científico”) al que era aplicable el criterio de fiabilidad. Así, según la Corte, en Daubert se había hecho referencia exclusivamente al conocimiento científico sólo por el carácter de los hechos del caso que en él se resolvían.

Una vez reafirmada la obligación de los jueces en la admisión de pruebas periciales, el *quid* del caso era si los factores Daubert eran aplicables a todo tipo de prueba pericial.²⁴⁰ Al respecto, se resolvió que la determinación sobre qué factores considerar como indicadores de la fiabilidad de una prueba pericial en un caso particular no podía hacerse por caracterizaciones *a priori* sobre el área de conocimiento en cuestión, sino que dependía de las particulares circunstancias del caso concreto.²⁴¹ En esta flexible interpretación sobre la enfatizada función de *gatekeeper*, la Corte subrayó que el objetivo sería asegurarse de que el experto usara ante los tribunales *el mismo grado de rigor intelectual que usaría en su práctica profesional*.²⁴²

Finalmente la Corte confirmó la exclusión de la prueba pericial propuesta por el demandante argumentando que había varios hechos del caso que hacían

²³⁹ Otro de los puntos a destacar en la decisión de la Corte es la especificación de que el criterio de la aceptación general dependería de si la disciplina era en sí misma fiable; citando en ese sentido a la astrología y a la necromancia como ejemplos concretos de áreas no-fiables. Aunque con este criterio la Corte pretendía evitar la autovalidación de una disciplina por un grupo que pretenda autoproclamarse como área de conocimiento, no ofreció mayor explicación sobre cómo los tribunales podían hacer tales determinaciones.

²⁴⁰ Al respecto, el magistrado Breyer, ponente de la sentencia, apuntó:

La conclusión, desde nuestro punto de vista, es que no podemos decidir en sentido afirmativo pero tampoco descartar para todos los casos y de forma definitiva la aplicabilidad de los factores mencionados en Daubert; tampoco lo podemos hacer por subconjuntos de casos clasificados por categorías de expertos o por el tipo de prueba. Depende en gran medida de las circunstancias del caso particular en cuestión.

Cfr. Kumho, 119 S. Ct. 1175

²⁴¹ Un análisis semejante pero con pretendidos fundamentos en la epistemología del testimonio se encuentra en Sampaio (2013), donde sorprendentemente se cita el caso Daubert pero no la decisión de la Corte en Kumho que es mucho más acorde con la línea del argumento.

²⁴² Según Graham (2011: 394), esto “se traduce alternativamente en (1) adherirse a los mismos estándares de rigor intelectual exigido en el trabajo profesional de los expertos; (2) ajustarse a los estándares profesionales aplicables que son empleados fuera del contexto jurisdiccional; (3) poseer el aura de una metodología experta adecuada; o (4) estar fundado sólidamente en los principios y la metodología del área de conocimiento correspondiente”.

razonable concluir la no-fiabilidad del testimonio en cuestión; enfatizando que no había información sobre el uso de la teoría de Carlson por otros expertos, ni alguna publicación o dato que pudiese sustentarla.

En esta tercera y última decisión de la Corte Suprema en la trilogía Daubert, son dos las cuestiones a destacar:

- a. El abandono del problema de la demarcación entre la ciencia y la no-ciencia
- y
- b. Las particularidades del caso como determinantes de los criterios para evaluar la fiabilidad de la prueba pericial.

Como se ha visto desde las primeras páginas de este capítulo, el abandono del problema de la demarcación es una decisión sumamente adecuada. Si el interés jurisdiccional es evaluar la calidad de la información presentada mediante una prueba pericial, científicidad y fiabilidad no son términos coextensivos. No todas las hipótesis, métodos, técnicas, etc. empleadas en las ciencias tienen el mismo grado de fiabilidad; pero, además, no sólo es fiable aquello que tiene cabida en el funcionamiento de las ciencias.

Se redujo también considerable y muy razonablemente el gran problema que inicialmente se había planteado de buscar criterios que caracterizaran a la ciencia y sólo a ésta y, además, justificar las credenciales epistémicas de tales criterios. La tarea ahora sería determinar la fiabilidad de las afirmaciones periciales tomando en cuenta las peculiaridades del caso. Con ello, la tarea de ofrecer algún listado de factores o criterios *a priori* para evaluar la fiabilidad de cualquier tipo de pruebas pericial pierde sentido; lo cual tiene total sentido si aceptamos la gran heterogeneidad epistémica que comporta el conocimiento experto.

Ahora bien, el control de la calidad de las pruebas periciales, en mi opinión, no debe reducirse a una sola etapa probatoria, debe ser una preocupación en cada una de ellas. En este sentido, vale la pena pensar en los mecanismos procesales que tiene el juzgador para realizar esta labor, y no sólo en los posibles criterios de valoración; objetivo éste de los siguientes capítulos de esta investigación.

Finalizo aquí con la reconstrucción de la experiencia jurisdiccional estadounidense que termina abandonando la cientificidad del conocimiento como criterio de admisión²⁴³ y enfatizando la fiabilidad sobre la *expertise*.²⁴⁴

5. Y, ¿entonces?

Una vez analizados los principales problemas que supone la adopción de criterios concretos como los expresados en la trilogía Daubert, podría surgir o permanecer la pregunta de cuán aplicable es en escenarios diversos a los abordados en la misma: ¿son aplicables sólo a la jurisdicción civil o también a otras?²⁴⁵, ¿tienen sentido únicamente para la etapa procesal de admisión de pruebas o también en la valoración?, ¿son criterios dependientes del hecho que los peritos son regularmente de parte en la jurisdicción civil

²⁴³ Si bien es cierto, como afirma Taruffo (1996: 239), que el significado fundamenal de la sentencia del caso Daubert fue enfatizar la cientificidad de la prueba como condición necesaria de su admisibilidad, la historia termina con la adecuada renuncia de la Corte a dicho criterio. Por otro lado, Vale la pena decir que la situación estadounidense actual es más compleja, pues algunos estados siguen teniendo como regla los criterios Daubert, otros incluso mantienen el criterio Frye, mientras otros tantos son una combinación de ambos criterios (*Frybert*).

²⁴⁴ Daubert y sus descendientes terminaron produciendo en el año 2000 la modificación de la regla 702 de las *Federal Rules of Evidence*, haciéndola significativamente más exigente que la original. Así, el texto actual establece:

“Si determinado conocimiento científico, técnico o especializado resulta útil para el juzgador de los hechos para entender las pruebas o determinar los hechos en conflicto, un perito calificado como experto por sus conocimientos, habilidades, experiencia, capacitación o educación, puede dictaminar al respecto en forma de opinión o de otra manera, si:

1. Su testimonio está basado en hechos o datos suficientes.
2. El testimonio es producto de principios y métodos fiables. Y
3. El perito ha aplicado los principios y métodos de manera fiable a los hechos del caso.

²⁴⁵ Como se ha visto, la trilogía Daubert corresponde a casos civiles donde se debía probar la relación causal entre, por ejemplo, un fármaco y los daños congénitos o la exposición a sustancias y el desarrollo de tumores cancerígenos o la causa de un accidente.

estadounidense o serían aplicables también en sistemas en los que haya peritos oficiales? y, finalmente, ¿son criterios dependientes o influidos por las dudas sobre la competencia epistémica del juzgador de los hechos en sistemas con jurado o serían de utilidad también en sistemas con jueces profesionales?

Empecemos con la aplicabilidad de Daubert a otras jurisdicciones, como la penal.²⁴⁶ En términos generales, una de las grandes diferencias entre las jurisdicciones penal y civil radica, en mi opinión, en el nivel de exigencia probatoria contenida en los estándares de prueba respectivos; así mientras en la primera se plantea, por ejemplo, el más allá de toda duda razonable, en la segunda se conciben estándares del tipo “más probable que su negación” o “prueba clara y convincente”.²⁴⁷ Pero, ¿qué pasa en la admisión?, ¿deberían establecerse controles más exigentes en la admisión de pruebas en materia penal? De *hecho* parece que tanto en Estados Unidos como en Inglaterra en materia civil las pruebas periciales son sometidas a controles más exigentes para su admisión que en materia penal.²⁴⁸ Una de las explicaciones posibles a esta asimetría radica en las expectativas judiciales que sobre éstas se tiene por la manera en que el experto es seleccionado y en que las pruebas son producidas (Dwyer, 2007b: 388).²⁴⁹ Efectivamente, muchas de las pruebas

²⁴⁶ En Estados Unidos, por ejemplo, Daubert no ha tenido impacto en la jurisdicción penal. Y para algunos críticos de Daubert esta es una buena noticia, sobretodo considerando algunos efectos colaterales de ésta: por ejemplo el aumento en la exclusión de pruebas periciales, el aumento de juicios sumarios debido, precisamente, a la exclusión de pruebas determinantes para la continuación del proceso, el aumento en los costos de presentación de pruebas periciales que satisfagan los criterios establecidos, la renuencia de algunos buenos expertos a participar en un proceso judicial donde un juzgador lego termina juzgando su trabajo, etc. (al respecto, véase Tellus Institute, 2013). En cambio, Daubert sí ha sido “trasplantado” a la jurisdicción penal de otros sistemas jurídicos como el colombiano, el italiano o el chileno.

²⁴⁷ Aún cuando los estándares de prueba concretos que se mencionan son típicos del sistema estadounidense, algunos de éstos han sido también adoptados en nuestros sistemas, principalmente el más allá de toda duda razonable. En todo caso, la necesidad de contar con éstos es para todo sistema jurídico que pretenda racionalidad en las decisiones sobre los hechos de sus juzgadores. Una discusión sobre la adecuación epistemológica del estándar del más allá de toda duda razonable puede verse en Laudan (2005 y 2006: 68-83) y del estándar de la preponderancia de la prueba (o más probable que su negación) en Ferrer (2014).

²⁴⁸ Al respecto puede verse, entre otros, Berger (2003); Beecher-Monas (2008) y sobretodo Risinger (2000).

²⁴⁹ Otra de las diferencias sugeridas por Dwyer (2007b: 391) es que en materia civil tiene relevancia algunas afirmaciones sobre el “*general state of affairs*” mientras en materia penal necesariamente tienen que probarse hechos concretos. Tal afirmación es bastante debatible y, en todo caso, dependiente del derecho sustantivo respectivo.

periciales que han sido tradicionalmente usadas en sede procesal provienen de disciplinas desarrolladas para el proceso penal, como muchas de las ciencias forenses. Pero no sólo esto sino que incluso se han creado organismos estatales u oficiales para la elaboración de estas pruebas, modificando de una manera u otra el resto de la actividad probatoria dada tal institucionalización.²⁵⁰ Así, para muchos autores la asimetría en el nivel de exigencia para la admisión de pruebas periciales se justificaría en esa supuesta mayor confiabilidad de las pruebas periciales en el ámbito penal. Daubert no sería, pues, aplicable al proceso penal.

Esto último se relaciona con otra de las cuestiones planteadas al inicio de este epígrafe: ¿son los criterios Daubert y sus descendientes dependientes del hecho de que en la jurisdicción civil estadounidense los peritos son casi siempre de parte o serían aplicables también en sistemas en los que haya peritos oficiales?

Al respecto, Taruffo (1996: 241) considera que el aspecto más importante que distingue el sistema estadounidense de sistemas de derecho romano-germánico en lo concerniente a las pruebas periciales es que las partes escogen la información que consideran útil para la decisión ofreciendo un experto seleccionado también por éstas. Y, por ello,

nadie espera que el *expert witness*, siendo institucionalmente parcial, ofrezca conocimientos objetivos formulados de forma neutral e imparcial. ... La eventualidad que el experto de parte ofrezca afirmaciones no neutrales y conocimientos no atendibles induce en todo caso a la doctrina a diseñar varios remedios pensados para asegurar la adquisición de una prueba científica válida mediante expertos confiables y correctos. (Taruffo, 1996: 241)

²⁵⁰ Este tipo de peritajes serán analizados en el capítulo 4. Baste aquí decir que dicha institucionalización debería permitir, por un lado, obtener mayor información sobre la fiabilidad de los mecanismos o instrumentos empleados en los peritajes y, por otro lado, incentivar a los peritos a actuar de manera confiable en los procesos judiciales.

En efecto, en el capítulo anterior hemos visto que en sistemas de derecho romano-germánico uno de los criterios principales para la *valoración* de las pruebas periciales ha sido la imparcialidad del perito, entendida fundamentalmente como ausencia de relación con las partes; sin embargo, también se han identificado otro tipo de parcialidades, cognitivas y disposicionales, que no están conceptual ni empíricamente vinculadas con la parcialidad o imparcialidad de origen. Si bien es cierto que conceptualmente el perito no-elegido por las partes es imparcial por su origen, puede no serlo el resultado del peritaje. En este sentido, el criterio de la imparcialidad es mucho más complejo de lo que a primera vista parece.

Los criterios de valoración posiblemente sean dependientes del contexto; entre otras cuestiones, dependientes de cómo entran al proceso las pruebas periciales. Así, por ejemplo, no tiene sentido que además de ser considerado para el nombramiento del perito se tome también como criterio de valoración la imparcialidad de origen de un perito nombrado por el juez. Lo mismo podría decirse sobre la fiabilidad,²⁵¹ si por ejemplo, se ha elegido a un perito fiable, se le han dado instrucciones sobre el método que debe emplear considerando que éste es fiable, las partes que han participado en la conformación de la prueba consideran que el perito ha actuado adecuadamente, etc., ¿qué aspectos faltarían abordar en la valoración? Por supuesto, además de evaluar su peso probatorio y la satisfacción del estándar de prueba correspondiente para la toma de decisión.²⁵²

²⁵¹ Hasta aquí, he venido utilizando el concepto de fiabilidad sin ofrecer una definición del mismo que permita, por un lado, diferenciarla del valor probatorio y, por otro, saber si un conjunto de criterios son o no adecuados como indicios de ésta. Esta tarea, sin embargo, quedará pendiente para el próximo capítulo.

²⁵² Hablando sobre las diversas estrategias que el sistema jurídico podría adoptar para tomar una decisión en la que esté implicado conocimiento experto, otro de los debates que generó la trilogía Daubert es la disparidad que pareció producir con las agencias reguladoras en la valoración de los riesgos por la exposición a sustancias tóxicas en Estados Unidos (Krimsky, 2003).

Un ejemplo interesante sobre este punto es la reciente sentencia civil en primera instancia que ha resuelto la demanda de algunos de los casos de malformaciones congénitas por la ingesta materna de talidomida durante la gestación en España, presentada por la Asociación de víctimas de la talidomida en España (AVITE) contra la Grünenthal Pharma S.A. En éste, la juez resolvió el caso adoptando precisamente una resolución administrativa previa y, con ello, evitando que se generaran este tipo de disparidades entre diversos organismos estatales.

Otra de las cuestiones que se señalaron anteriormente es ahora relevante: ¿Daubert y sus descendientes tienen sentido únicamente para la etapa procesal de admisión de las pruebas? Responder a esta cuestión requiere abordar previamente cuál es el objetivo de la admisión. Daubert ha logrado llamar la atención sobre la etapa de admisión, presentándola como filtro que no sólo permitiría excluir las pruebas irrelevantes o ilícitas, sino también pruebas (periciales) que no satisfagan otros criterios; pero la pregunta pendiente es, precisamente, para qué necesitamos esos criterios en la etapa de admisión, lo que de nuevo se relaciona con los objetivos de esa etapa procesal.

Uno de los principales criterios que se argumentan al respecto, como hemos visto, radica en un cuestionamiento de la competencia del juzgador de los hechos.²⁵³ Concretamente sobre la capacidad de los jurados legos en el sistema estadounidense, pero ¿qué sucede en el caso de que el juzgador de los hechos sea un juez profesional? Con independencia de los datos empíricos con los que se pudiera responder a esta cuestión, parecería que sólo si los jueces profesionales son tan propensos a los errores cognitivos como lo es

Más allá de diversas interesantes cuestiones sobre el derecho de daños discutidas en el caso, aquí me interesa, por supuesto, lo relativo a la prueba pericial de parte; lo sorprendente es que pese al tema en debate, que la talidomida fue la causa de los daños congénitos de individuos concretos (causalidad individual), al parecer no hubo ni una sola prueba pericial sino, entre otras, pruebas documentales con información experta de contenido (entre éstas el informe Heideberg y artículos médicos especializados en la materia). Pero no son en éstos en los que se basa la atribución de causalidad, sino en un tipo de *presunción* establecida en el Real Decreto 1006/2010 de 5 agosto que reconoce el derecho a percibir las ayudas que regula a quienes “hayan sufrido malformaciones corporales durante el periodo 1960-1965, cuyo origen no pueda descartarse que pueda haber sido producido por la ingesta de talidomida en España por la madre gestante” (art. 2.1); ahora bien, para ello debieron acreditar su condición de talidomídico mediante un diagnóstico realizado necesariamente por el “Instituto de Salud Carlos III, organismo autónomo dependiente del Ministerio de Ciencia e Innovación” (art. 2.2).

Dado ese procedimiento, concluye la juez: “sí se ha establecido por personal técnico especializado y atendiendo a los conocimientos científicos actuales (sin duda más avanzados que aquellos con los que se contaba en los años 60 y siguientes) una relación causal eficiente (aunque no sea absolutamente excluyente) entre las malformaciones padecidas y la ingesta de talidomida durante el embarazo de sus madres, pues es de presumir que el Instituto de Salud Carlos III habrá tenido en cuenta en sus diagnósticos todas las variables que hubieran podido influir en las malformaciones examinadas. ... En consecuencia, no cabe duda que en estas personas, las que reciben las ayudas del Real Decreto 1006/10, concurren todos los presupuestos previstos legal y jurisprudencialmente para declarar que son afectados por la talidomida y para establecer la obligación reparatoria de la demandada...”

²⁵³ Otros controles para las partes atendiendo, por ejemplo, a la economía procesal. En todo caso, estas cuestiones serán materia del siguiente capítulo.

supuestamente el jurado, entonces sería racional adoptar la estructura de un proceso judicial como el estadounidense, puesto que en ese sistema se prevé la existencia de un juez de admisión que protege al juzgador de los hechos de ciertos tipos de pruebas que se pudieran considerar como poco fiables o engañosas (Posner, 1999: 21).

La información hasta ahora disponible sobre tal propensión al error es muy dispar: hay datos que supuestamente apoyan tal propensión; otros que supuestamente la refutan; otros más mostrarían una tendencia a infravalorar las pruebas periciales.²⁵⁴ Por ello, parece difícil obtener información *determinante* al respecto. Además, aún si se dispusiera de tales datos empíricos, podría pensarse en mecanismos para presentar al juzgador de forma más adecuada las pruebas periciales o para mejorar la formación de los juzgadores respecto de su tratamiento de esas pruebas. Por otro lado, la fiabilidad de la información experta y su valoración pudiera ser una cuestión debatible incluso para los propios expertos (Redmayne, 2001: 112).

En cualquier caso, el argumento sobre la capacidad de los juzgadores es peligroso puesto que puede degenerar en un problema de regreso al infinito. Ante las dudas sobre la imparcialidad del perito, parecería una solución obvia contar con peritos neutrales nombrados por el tribunal; y ante las dudas sobre la capacidad cognitiva de los juzgadores de los hechos para valorar la prueba pericial, podría considerarse obvia la conveniencia de emplear expertos como juzgadores. Pero ni siquiera esto garantizaría su tarea, no sólo por la falibilidad del juicio humano sino por la gran heterogeneidad que supone la *expertise*,²⁵⁵ y, con independencia de los diversos problemas jurídicos que esto suscitaría, seguiría, en mayor o menor medida, siendo posible cuestionar la capacidad

²⁵⁴ Para un análisis muy interesante sobre estas investigaciones veáse Vidmar (2005).

²⁵⁵ Ni siquiera cuando se trata de ciencia, los conocimientos científicos son infalibles (Tonini, 2003: 1459 y 2011: 360).

del juzgador de los hechos para llegar a una decisión racional por su falta de *expertise* para el caso concreto.²⁵⁶

En este sentido, pareciera una mejor estrategia intentar colocar en una mejor posición epistémica al juzgador de los hechos, brindándole herramientas procesales que posibiliten su conocimiento sobre la calidad de las pruebas periciales y su mejor comprensión de las afirmaciones expertas. A la vez, deberá garantizarse a las partes el derecho a la admisión de pruebas relevantes y la posibilidad de controlar no sólo la decisión del juzgador de los hechos sino el razonamiento probatorio *in itinere*.

Así pues, todos estos cuestionamientos generados a partir de Daubert y su descendientes: admisión vs. valoración, peritos de parte vs. peritos oficiales, expertos vs. legos, etc. van mucho más de la distinción entre las jurisdicciones civil y penal. Cómo deban ser abordados en el contexto probatorio es dependiente más bien de cómo se construya el sistema normativo en general y en particular sobre la prueba pericial, como se verá en los siguientes capítulos.

Una última cuestión vale la pena resaltar, con independencia de si estamos en la jurisdicción civil o en la penal, en la etapa de la admisión o en la valoración, sean jueces profesionales o juzgadores legos, hay que tener en cuenta las dificultades analizadas en este capítulo: el criterio de la científicidad debe ser abandonado puesto que requiere un imposible criterio de demarcación entre la ciencia y la no-ciencia, y otros criterios como la aceptación por las comunidades científicas o la publicación deben ser reconsiderados en el marco de una teoría más general sobre la prueba pericial de parte y sobre la prueba pericial de confianza del juez.

²⁵⁶ Esto pone sobre la mesa de debate la noción de experto y, con ello, la distinción entre *expert evidence* y *non-expert evidence* (Schauer y Spellman, 2013: 4). Con independencia del tratamiento jurídico que se le dé a aquello que se determina como prueba pericial o prueba testimonial, donde pareciera que la única diferencia es que el perito no necesariamente tenga que haber presenciado determinados hechos, suponiendo, tal como se debería, que la *expertise* es algo más que la tenencia de ciertas o cuales credenciales formales.

Capítulo 3

La prueba pericial de parte: Hacia un modelo educativo

1. El perito de parte y la concepción de las afirmaciones testimoniales (*Statement View of Testimony*)

Al iniciar este tercer capítulo, conviene recordar una vez más que, desde la prueba pericial es un tipo de lo que en epistemología se llama testimonio y, como tal, deben abordarse los problemas sobre la justificación de la información así obtenida. También enfatizo, otra vez, que esto es independiente de las diferencias *jurídicas* que se plantean entre las pruebas testimoniales y las pruebas periciales.

El carácter testimonial de la prueba pericial ha sido ampliamente ignorado por los estudios del tema, aunque en descargo de éstos cabría señalar, como se ha dicho antes, que el análisis del testimonio como fuente de conocimiento es relativamente novedoso incluso en la epistemología general. Sin embargo, en los últimos años la epistemología del testimonio ha recibido mucha atención y se han producido valiosas aportaciones que, por supuesto, es necesario tomar en cuenta. Aunque son muchas las teorías disponibles al respecto, por los argumentos planteados en el primer capítulo de este trabajo, creo indispensable centrarse en las teorías que ofrezcan argumentos para superar el debate reduccionismo vs. no reduccionismo y que, además, permitan dar cuenta de las especificidades del contexto jurídico procesal.²⁵⁷

Como ya se ha explicitado en otros lugares de este trabajo, el perito de confianza del juez y el perito de parte obedecerían a modelos testimoniales

²⁵⁷ Mientras el no-reduccionismo podría estar justificando ciertos niveles de irresponsabilidad epistémica por parte de la audiencia, el reduccionismo, por su parte, plantea unas exigencias cognoscitivas prácticamente inasumibles para la audiencia. Y tanto el reduccionismo como el no-reduccionismo ignoran o menosprecian el rol del otro participante en el acto testimonial.

diversos. En este sentido, las afirmaciones testimoniales que el juez use en su razonamiento probatorio atenderán a criterios de justificación distintos en función del tipo de perito frente al que estemos; por ello, hay distinciones considerables no sólo respecto la valoración en juego, sino en cómo se regula y práctica la admisibilidad de éstos y los diferentes roles de los distintos actores procesales durante su participación en la audiencia probatoria correspondiente. Así, por ejemplo, mientras en el capítulo siguiente se desarrollarán criterios para *seleccionar* al perito de confianza del juez que realizará en el marco del proceso judicial las actividades periciales oportunas, en este capítulo se tendrán que desarrollar criterios para valorar las *afirmaciones* de un experto que ha sido seleccionado por las partes una vez que previsiblemente se han efectuado extraprocesalmente las actividades periciales correspondientes que supuestamente sirven de fundamento a aquellas. Pareciera claro que mientras en el perito de confianza del juez se tienen mayores controles procesales para la formación propiamente dicha de la prueba, pudiendo incluso las partes participar en éstas, en la pericial de parte no se tienen, por lo que resulta necesario controlar la calidad de lo *dicho* por el perito con relativa independencia de lo que éste ha hecho. En este sentido, el perito de parte participa en el proceso judicial fundamentalmente con sus afirmaciones.²⁵⁸

Una de las teorías más importantes sobre la epistemología del testimonio que, en mi opinión, sirve para dar sustento a estas y otras peculiaridades de la prueba pericial de parte es la presentada por Jennifer Lackey, que ella misma identifica como la concepción de las afirmaciones testimoniales (*Statement View of Testimony*), enfocada precisamente en las afirmaciones testimoniales; afirmaciones que, como se ha dicho justo en el párrafo anterior constituyen la

²⁵⁸ Es decir, en el marco del proceso, no suele realizar ningún tipo de estudio, experimento, etc. La mayoría de las legislaciones pide a las partes que presenten sus pruebas periciales antes del inicio del procedimiento, muchas veces adjuntas a la demanda o a la contestación de la demanda. En todo caso, no está prevista la presencia de la contraparte ni de algún funcionario judicial en esas operaciones periciales.

No estoy afirmando que la prueba pericial de parte esté constituida únicamente por las afirmaciones realizadas en el informe pericial, como ser verás, creo que también la conforma todas aquellas afirmaciones realizadas en la práctica de ésta bajo el principio del contradictorio.

prueba pericial de parte.²⁵⁹ Partir de aquí nos ayudará a delimitar y/o entender qué es la prueba pericial de parte; y, luego, centrarnos en la valoración de su calidad como tal.

La teoría de Lackey, además de ser una de las más desarrolladas y consolidadas en el tema, tiene el mérito de ofrecer buenas herramientas conceptuales y epistémicas que nos permiten repensar la valoración de la prueba pericial de parte atendiendo a su carácter testimonial. La justificación testimonial haría, entonces, razonable que el juzgador incorporase a su razonamiento probatorio las afirmaciones del perito de parte.

Con estos presupuestos, el capítulo se desarrolla en cuatro grandes apartados. El primero de ellos dedicado a interrelacionar la teoría de Lackey y la prueba pericial de parte, explicando primero la metafísica del testimonio y, después, la epistemología de éste (y, por extensión, de la prueba pericial de parte). En los apartados siguientes abordaré respectivamente la admisión, la práctica y la valoración de la prueba pericial de parte con las herramientas de la justificación testimonial lackeyana.

La admisibilidad de la prueba pericial de parte será abordada fundamentalmente como una etapa en la que se configura aquello que en un caso concreto sea la prueba pericial. Para ello habrá que tomar en cuenta algunas cuestiones sobre la información experta, el juzgador de los hechos, el contexto en el que se decide y, desde luego, el perito mismo, a efectos de controlar aquello que las partes pretenden introducir al proceso.

²⁵⁹ Páez (2014: 107) sostiene que no se puede diferenciar una etapa ontológica o metafísica y una etapa epistemológica de la prueba testimonial dado que “en el transcurso de un juicio puede surgir evidencia que demuestre que es muy poco probable que el testigo haya tenido conocimiento personal de los hechos, lo cual demostraría que el testigo no era en realidad un testigo, ontológicamente hablando”. En cambio, por mi parte, sostendré que en la prueba pericial de parte es relativamente más fácil trazar tal distinción dado que a la fecha los ordenamientos procesales en general, al menos en los sistemas de tradición romano-germánica, sólo exigen que del perito ciertas credenciales formales y/o informales.

Por lo que respecta a la práctica de la prueba pericial de parte, se abordará el principio de contradicción como una herramienta cognoscitiva del juzgador que le permita un acercamiento más adecuado a las afirmaciones testimoniales admitidas. Para ello, el propio juzgador podría reconstruir el testimonio pericial como una especie de silogismo experto, similar al silogismo judicial, que le ayude para la identificación de posibles dudas. Y, en ese contexto, cuando haya más de un perito en juego, se planteará la posibilidad de identificar con la mayor claridad dable los desacuerdos entre éstos, sabiendo que no todo desacuerdo es signo de algún sesgo y que incluso fuera del contexto procesal éstos son constantes. Todo esto, desde luego, supone la posibilidad de tener juzgadores más bien activos.

Finalmente, en la etapa de valoración de la prueba pericial de parte se abordará uno de los conceptos actualmente en mayor boga en el tratamiento de la prueba pericial en general, es decir, la fiabilidad. Entendiendo que se trata de información empírica que debe ser suministrada por el perito *qua* hablante. Mientras que el juzgador tiene que comprender y evaluar la razonabilidad de lo dicho por aquel. Teniendo los dos agentes epistémicos en juego, juez y perito, diversas funciones a desarrollar en la justificación testimonial. Los elementos de dicha justificación, por supuesto, no deben ser confundidos con otros conceptos probatorios como el estándar de prueba, la carga de prueba o la fuerza probatoria. En cualquier caso, debe enfatizarse, una afirmación justificada testimonialmente termina siendo una premisa más que deberá ser jurídicamente valorada con el resto de elementos de prueba del caso correspondiente.

1.1. Nuevamente, ¿qué es un testimonio?

Un punto de partida para analizar la teoría de Lackey es su distinción entre la metafísica y la epistemología del testimonio, para lo cual, obviamente, se requiere una caracterización epistemológicamente neutral del testimonio. Es decir, un concepto que no incorpore en sí mismo una evaluación epistémica

sino que la deje para un análisis posterior que ofrezca elementos para distinguir entre un *buen* testimonio y un *mal* testimonio en términos de la justificación de la audiencia. De la misma manera que un concepto de “percepción” no incorpora lo que es una *percepción fehaciente*.

Como ya se dijo en el primer capítulo, según Lackey (2006: 187), el concepto de testimonio no es unívoco, dado que puede concebirse como un *acto intencional* por parte del hablante, i.e., un hablante no puede testificar si no tiene la intención de comunicar a otro cierta información; pero, también un testimonio es considerado simplemente como una *f fuente de información o de conocimiento* para la audiencia, con independencia de si el hablante ha tenido la intención de comunicarle determinada información.²⁶⁰ En esta disyunción del concepto de testimonio, Lackey (2008: 27ss) identifica al primero como “testimonio del hablante” y al segundo como “testimonio desde el punto de vista de la audiencia” o “testimonio para la audiencia”.

Ahora bien, con independencia de si éste es un testimonio del hablante o para la audiencia, se trataría de un acto de comunicación mediante el que se intenta expresar un contenido comunicable, con independencia de las necesidades epistémicas de la audiencia. Recordemos, pues, que se trata de un acto de comunicación más complejo que una mera afirmación. Y esto es así básicamente por dos cuestiones: primero, porque reducir el testimonio a una afirmación deja fuera casos claros de testimonio²⁶¹ y, segundo, porque no hay necesariamente una correspondencia entre el contenido explícito de un testimonio y aquello que ha sido testificado. Las aserciones, entonces, dan a conocer más información de lo que explícitamente expresan y es posible, por ello, que *p* puede ser adquirida implícitamente del testimonio ofrecido.

²⁶⁰ Así, por ejemplo, es una instancia de testimonio el diario personal de Jorge que, sin la intención de comunicar a otro, por ejemplo, sus sentimientos hacia Ilse, sirve como fuente de información a Marta al encontrarlo en su habitación.

²⁶¹ Como ejemplo de ello se ha citado aquellos actos que se hacen sin usar afirmaciones, como lo es un asentimiento de cabeza.

Mediante ese acto de comunicación, adicionalmente, se debería intentar expresar un *contenido comunicable*, con independencia de que se tenga o no la intención de comunicársele a otro(s).²⁶² Dicho acto de comunicación que expresa un contenido comunicable, puede ser ofrecido como dando a conocer la información de que *p*, cuando se trata de un testimonio del hablante, o tomado como dando a conocer la información de que *p* si se trata de un testimonio por parte de la audiencia.²⁶³

“Ser tomada como dando a conocer información” está entrelazada con las necesidades epistémicas que puede llegar a tener la audiencia respecto de dicha información. En primer lugar, y casi obviamente, si la audiencia ya conoce la información en cuestión, el acto de comunicación no sirve como fuente de conocimiento. Así pues, para que determinada información tenga una fuente testimonial debe haber sido conocida mediante el contenido comunicable expresado. Ahora bien, ese contenido comunicable tiene que ser mediado por un tercero, no percibido o inferido por el propio agente. Para aclarar esto sigamos un ejemplo planteado por Audi (1997: 420)²⁶⁴: si yo quiero dar a conocer a Jorge que tengo una voz de soprano y, para ello, canto “tengo una voz de soprano” con una voz de soprano, ese acto de comunicación *podría no ser una instancia de testimonio para Jorge* si suponemos que éste sabe

²⁶² Este es un punto importante para el concepto de testimonio que se usará en el siguiente capítulo, donde un punto central será precisamente que el testimonio deba dirigirse a una audiencia *concreta* y necesitada de cierta información.

Por otro lado, como ejemplo de la independencia de la intención de comunicar a otro, puede pensarse en un soliloquio que es escuchado por un tercero. Supongamos que Juan está en su habitación pensando en voz alta sobre alguna situación familiar; Roberto que estaba en la habitación contigua escucha todo lo dicho por aquel sin que en ningún momento Juan se hubiese enterado siquiera de su presencia. Pues bien, el acto de Juan sería una instancia de contenido comunicable pese a que éste nunca tuvo intención alguna de comunicárselo a nadie.

²⁶³ Una vez establecido que un testimonio es un acto de comunicación que supone que el hablante intenta expresar un contenido comunicable, surge una preocupación posterior. Y es que habría que diferenciar un testimonio de las meras observaciones casuales y otros comentarios no informativos dados en un contexto concreto. Supongamos, como ejemplo, que Sebastián cuenta un chiste en una reunión de su grupo de amigos y al terminar uno de sus amigos comenta “que buen sentido del humor tiene este tipo”. Si previamente todos los amigos de Sebastián conocían de su sentido del humor (y quien hace la afirmación, además, sabe que los otros lo conocen), la afirmación no aporta en ese contexto información alguna sobre el humor de Sebastián, pudiendo servir quizá sólo como una observación casual. Aunque ligeramente modificado, el ejemplo es de Lackey (2006: 183)

²⁶⁴ Audi, por obvias razones, alude a una voz de barítono, y no a una de soprano.

distinguir una voz de ese tipo, pues en realidad adquiere la información mediante la percepción de mi voz y no mediante mi testimonio.

Dado que las necesidades epistémicas de la audiencia son obviamente cognoscibles para ésta, ¿tendría que comunicárselas al hablante para que este pudiese ofrecer un testimonio? O cuando se trata de un testimonio del hablante, podría preguntarse: ¿juegan algún rol estas necesidades de la audiencia? Bajo la concepción disyuntiva del testimonio de Lackey, la respuesta no puede ser más que negativa: el hablante ofrece un testimonio con independencia de si la audiencia necesita o no la información que aquél intenta dar a conocer, pero la audiencia también puede adquirir la información que necesita con independencia de las intenciones que pudiese tener el hablante para servir como fuente epistémica.²⁶⁵ Y esto dependerá de cada instancia testimonial.

Una vez vistos todos los elementos propuestos por Lackey (2006 y 2008: 30-32) para el concepto general de testimonio, diremos que, por un lado, estaríamos frente a un testimonio del hablante cuando:

²⁶⁵ En este punto Lackey se aleja de posturas como la de Coady (1992: 42) que requieren como condición necesaria para testificar que “la afirmación *que p* sea relevante para alguna cuestión en disputa y sea dirigida a aquellos que necesitan de pruebas sobre dicha cuestión”. El juicio de relevancia es posterior y serviría, en todo caso, para valorar la justificación de la audiencia, por lo que confunde entre la ontología y la epistemología del testimonio; además que, por supuesto, deja fuera casos en los que la audiencia adquiere información de las palabras de otro con independencia de las intenciones de éste para servir como fuente de información. Lackey se aleja también de posturas más moderadas como la de Graham (1997: 227), quien sostiene que se está frente a un testimonio cuando el hablante hace la afirmación que *p* *al considerarla* como relevante para alguna cuestión que él considera en disputa o no-resuelta y es dirigida a aquellos a quienes considera en necesidad de pruebas sobre dicha cuestión. Pese a que en esta concepción se habilita al hablante para testificar con independencia de las necesidades del hablante, pone toda la carga en las intenciones y creencias del hablante, dejando fuera casos claros de testimonio sólo por el hecho de que, por ejemplo, el hablante no crea que la audiencia requiera de cierta información. En cualquier caso, la concepción de Lackey logra, en mi opinión, un equilibrio entre reducir el énfasis en la audiencia y centrarse exclusivamente en las intenciones y creencias del hablante, ambos extremos defendidos por otras concepciones del testimonio reduccionistas y no-reduccionistas.

el hablante H testifica que p realizando un acto de comunicación a si y sólo si, realizando a , H intenta dar a conocer la información de que p en virtud de (al menos en parte)²⁶⁶ el contenido comunicable de a .

Mientras que se trataría de un testimonio desde el punto de vista de la audiencia cuando:

el hablante H testifica que p realizando un acto de comunicación a si y sólo si la audiencia, A, razonablemente toma a como dando a conocer la información de que p en virtud de (al menos en parte) el contenido comunicable de a .

O, en términos más generales y abarcando tanto al testimonio del hablante como al testimonio desde el punto de vista de la audiencia:

S testifica que p al hacer un acto de comunicación a si y sólo si (en parte) en virtud del contenido comunicable de a , (1) S razonablemente intenta dar a conocer la información de que p o (2) a es razonablemente tomado como dando a conocer la información de que p .

Finalmente, sólo me queda enfatizar que en opinión de Lackey (2006c: 190) hay una diferencia crucial entre un acto de comunicación que es razonablemente ofrecido (o considerado) como dando a conocer que p y un acto de comunicación que es razonablemente ofrecido (o considerado) como *prueba* de que p .²⁶⁷ Entiéndase bien, el mero acto testimonial no serviría como

²⁶⁶ “Al menos en parte” porque recordemos que el contenido comunicable no necesariamente se ciñe a que p haya sido el contenido testimonial. Es decir: A conoce testimonialmente que p sobre la base del testimonio de H de que p . Basta que p se derive del contenido testimonial ofrecido y/o que esté relacionado adecuadamente con éste.

²⁶⁷ Dos ejemplos expuestos por Lackey (2006c: 191) son: “H razonablemente toma el acto de comunicación a de S como prueba de que S ha presenciado un cierto episodio o de que ha estado en cierto lugar, donde a tiene un contenido comunicable que sería improbable ocurriese a alguien que no ha presenciado tal episodio o ha estado en dicho lugar.” Y, el segundo: “S razonablemente ofrece el acto de comunicación a , cuyo contenido es tan extremadamente complejo que sólo alguien inteligente podría comunicarlo, como prueba de que S es inteligente”. En ambos casos, S no está testificando sobre la proposición en cuestión.

prueba, podría serlo el contenido testimonial que es comprendido y aceptado, pero sólo el hecho de que H afirme que p no serviría como prueba de que p .

1.2. El testimonio del perito de parte

Pasar de abordar el testimonio en general al testimonio experto de parte supone, evidentemente, dos cambios significativos: la introducción de la *expertise* y la contextualización en el proceso judicial. En la literatura del testimonio se suele pretender dar cuenta del llamado testimonio natural (en oposición al formal, como el ofrecido en contextos jurídicos) y del testimonio lego (en oposición al experto). En cambio, si se entiende la prueba pericial de parte como un testimonio, ésta sería claramente formal y experta. En mi opinión, sin embargo, ello no impide que se pueda aplicar con provecho el análisis testimonial a la referida prueba pericial, entre otras cosas, porque lo que se busca es darle al juez información que pueda incorporar en su razonamiento probatorio.

En todo caso, siguiendo lo visto en el punto anterior, intentaré aquí partir de un concepto epistemológicamente neutral de testimonio del perito de parte que permita luego abordar adecuadamente los problemas epistemológicos. Para ello, creo que es necesario hacerlo desde la perspectiva del propio perito, y no del juez dado que, precisamente, son las partes quienes están ofreciendo información que consideran relevante. Luego, el juzgador, previo a una valoración racional de ésta, decidirá si ha sido o no una fuente de conocimiento para el caso: si cree *que q* sobre la base del contenido del testimonio. Vale la pena notar que el estado mental que interesa aquí a efectos de la justificación testimonial es el del juzgador, y no los estados mentales del experto en cuestión: de éste último nos centraremos en lo que *dice*.²⁶⁸

²⁶⁸ Un punto interesante es que los estatus epistémicos que un sujeto puede atribuirse a sí mismo pueden ser explicados precisamente en relación al contexto en el que se encuentra, como dependientes de éste. Así, un sujeto en un contexto podría impartir conocimiento o creencias justificadas que no se atribuiría a sí mismo en *otro contexto* porque en los contextos en juego se consideran estándares epistémicos diferentes (Lackey, 2008: 62).

Entre las muy diversas formas de caracterizar la prueba pericial, puede decirse que la literatura procesal, en general, destaca la presencia de los siguientes elementos:

- a. Conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, i.e., la *expertise*.
- b. Un tercero ajeno al proceso poseedor de los conocimientos respectivos, i.e., un individuo experto.
- c. Un juzgador que (al menos la mayoría de las veces) *no posee* dichos conocimientos que parecen requerirse para la toma de la decisión sobre los hechos.

Si bien es cierto que podría pensarse en otras fuentes de conocimiento experto (v.gr., jueces expertos) la prueba pericial de parte es indiscutiblemente testimonial. Las partes introducen o intentan introducir *expertise* al proceso *mediante un tercero*. Son las partes quienes en ese supuesto evalúan la necesidad de presentar este o aquel elemento de prueba, de fundamentar su demanda en esta o aquella afirmación sobre los hechos, etc. En ese sentido, podríamos decir que estamos interesados en la *expertise de los expertos*, no sólo en el conocimiento científico, artístico o técnico sino también en las personas que lo tienen; y, claro está, las personas, a diferencia de otras fuentes de información, tienen todo tipo de intenciones, deseos, metas, motivos, etc. que inciden en mayor o menor medida no sólo en la información sustantiva sino incluso en cómo se presenta dicha información.

Pero, en un primer momento las partes no sólo evalúan la necesidad de la *expertise* sino que también seleccionan al supuesto experto. Por ello, podría decirse que el juicio de atribución de conocimiento experto es inicialmente hecho por las partes. ¿Bajo qué criterios? A efectos procesales, para que un *testimonio* ofrecido por las partes *sea experto* basta que satisfaga al menos una de las siguientes dos condiciones necesarias:

- a. Que tenga las credenciales formales que certifiquen que un individuo ha acreditado los estudios correspondientes en una determinada área de conocimiento reconocida por la institución otorgante.
- b. Que dicho individuo acredite que cuenta con experiencia en determinado tipo de saber, que dispone de una especie de credencial informal.

Parece, entonces, que la noción de *experto* en juego no puede ser más que una especie de atribución retrospectiva de un cierto estatus como experto, una especie de etiqueta o credencial, con independencia de si de hecho posee o no *expertise*. Desde luego, no estoy afirmando que no estamos interesados en la calidad de la información presentada, simplemente que una *valoración* de ese tipo corresponde al ámbito epistémico (a la valoración de lo testificado), pero no afecta a lo que es un testimonio experto de parte.

En este sentido, la tarea jurisdiccional parecería no consistir en la atribución de *expertise* bajo determinados criterios, como si de un tribunal académico se tratase, por lo que el objetivo no será determinar si, por ejemplo, el experto *de hecho* posee conocimiento.²⁶⁹ Después de todo, ¿cómo podría un juez o tribunal saber si el experto de hecho posee conocimiento o es que, por ejemplo, simplemente no lo ha ejercido como debería por un error? En cualquier caso, tener como objeto de análisis epistémico las afirmaciones del experto facilitará contextualizar los criterios que se usan para valorar su calidad en determinada área del conocimiento, en lugar de acudir a aspectos mucho más globales sobre la empresa científica (Allen, 2003).²⁷⁰

²⁶⁹ En opinión de Allen (2003), en cambio, el objetivo de la etapa de admisión del informante experto es que el juez determine si de hecho el experto posee conocimiento útil para el proceso en juego que pueda ayudar a incrementar la probabilidad de una decisión acertada.

Walton (1997: 115), por su parte, considera que la mejor forma para saber que la fuente de una opinión experta que se presume sincera y honesta es garantizar que esa es su *verdadera opinión* sobre el tema en cuestión. Por su parte, Fearnside y Holter (1959) enfatizan que el experto no sólo debe estar cualificado, sino también ser personalmente fiable como una fuente honesta o sincera.

²⁷⁰ Para Allen (2003: 6): “el movimiento hacia *lo local* en el caso Kumho se debió básicamente a que la Corte Suprema reconoció que no importa cuán bien establecida esté un área de conocimiento, un experto puede aun así hacer afirmaciones basura en su testimonio ...”

Para seguir delimitando lo que es un testimonio experto de parte es fundamental dejar de lado como cuestión distinta los resultados u objetivos que mediante éste se busca alcanzar, como “proporcionar al juez máximas de experiencia”²⁷¹, “auxiliar al juez o facilitar el juicio de hecho al juez,”²⁷² “buscar la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de ciertos datos”, etc. Un testimonio experto de parte no dejaría de ser un testimonio si no logrará, por ejemplo, facilitar el juicio de los hechos al juzgador o su convicción, etc. Y, por supuesto, qué objetivos se plantee o qué resultados se busque alcanzar depende desde qué punto de vista se mire; por ejemplo, las partes claramente buscarán persuadir al juzgador sobre su versión de los hechos, pero no necesariamente buscarán facilitar el juicio de los hechos al juez. Argumentos de este tipo reducen infundadamente el ámbito de la prueba pericial (Richard, 2011: 466).

En cualquier caso, podríamos decir que el perito de parte sufre de lo que Dwyer (2008: 176) identifica como “sesgos estructurales”, es decir: con independencia de toda evaluación sobre la imparcialidad del perito, las partes en un proceso judicial presentarán un informe pericial *sólo si* les es favorable para sustentar su versión de los hechos. No se necesita suponer (lo que sería falso como generalización) que el perito de parte, por ser de parte, sesgará voluntariamente a favor de ella sus afirmaciones. Basta comprender que, claramente, las partes tienen total libertad para elegir al perito que mejor fundamente su caso, incluso acudiendo a un experto que genuinamente sustente aquello que les es favorable.

Ahora bien, esa selección se hace con independencia de las *necesidades epistémicas* del juez; es más, muchas veces las partes ni siquiera saben qué juez conocerá de su caso cuando eligen al perito que presentarán con lo cual menos aún sabrán cuál es el “conocimiento privado” o la cultura de éste que

²⁷¹ Gómez Colomer, (1989: 287)

²⁷² Entre otros, Serra Domínguez (2000b: 289); Abel Lluch (2013: 655).

tendrían que satisfacer o complementar con el experto que seleccionen.²⁷³ El hecho de que se seleccione al perito con independencia de las necesidades epistémicas del juez nos acerca a lo que Lackey identifica como testimonio del hablante, a diferencia del testimonio desde el punto de vista de la audiencia.

Por otra parte, no sólo ese punto permitiría definir a la prueba pericial de parte como un testimonio del hablante, y no por parte de la audiencia, sino también el hecho de que se exige la *intención* del perito para servir como fuente epistémica de determinada información experta.²⁷⁴ Pensemos en los diversos mecanismos que suelen estar presentes en los distintos sistemas jurídicos a efectos de conocer de primera mano la voluntad del experto de participar en el proceso, como la aceptación formal del cargo e incluso la ratificación del informe presentado.²⁷⁵

Ahora bien, aun cuando no se conozca la intención del experto de ser fuente de información (por ejemplo, porque no ha ratificado el informe presentado por las partes) podría seguir manteniendo su carácter testimonial; sin embargo, en ese caso estaríamos ante un “testimonio desde el punto de vista de la

²⁷³ En este sentido, cabe objetar aquellas posiciones teóricas que defienden la necesidad de conocimientos expertos por parte de un juez concreto como criterio de *admisibilidad* de la pericial de parte, al menos en el siguiente sentido: ¿no parecería una carga irracional y/o inasumible para las partes que se les exija buscar un perito que satisfaga las necesidades de conocimiento de un juez que aún se desconoce?

²⁷⁴ Jurídicamente no se considera testimonio pericial, por ejemplo, la información experta que presentan los abogados directamente. Viene a colación aquí el reciente caso por dopaje de la atleta española Marta Domínguez, cuyo abogado, según la prensa española, presentó cientos de folios de estudios científicos en inglés sobre el dopaje de pasaporte sanguíneo para demostrar la debilidad de las acusaciones. Véase El País, 8 de octubre de 2013.

En la posición de Lackey ese tipo de información es también un testimonio; aunque se trataría de un testimonio por parte de la audiencia. Sin embargo, dado que prueba la pericial de parte es un testimonio del hablante y, además, que jurídicamente se requiere su acuerdo para servir como fuente de información, nada diré sobre este tipo de casos. Mi interés se centra en aquellos casos de testimonios directos.

²⁷⁵ Mención aparte merecen el juramento o la promesa de decir verdad o de actuar con objetividad. Una discusión de la jurisprudencia española (y la doctrina procesal) es si los dictámenes periciales carentes de juramento o promesa de decir verdad o de actuar con objetividad y no ratificados constituyen una prueba pericial (véase por todos, Abel Lluch, 2013: 17). Lo que para mí no tiene sentido es confundir un *posible* control de fiabilidad del perito (como la promesa de decir verdad o de actuar con objetividad) con elementos constitutivos de un elemento probatorio.

Por supuesto, otra discusión es si la promesa de decir verdad o actuar con objetividad funcionan realmente como controles de la calidad de un testimonio en general y, en particular, de un testimonio de perito de parte.

audiencia” si y sólo si el juez lo considera como fuente de información²⁷⁶. Por supuesto, quedaría por ver la discusión sobre si seguiría siendo una prueba pericial de parte o, en su caso, qué etiqueta jurídica se pondría a éstos elementos de juicio.

Más allá de estas cuestiones, podría decirse que un testimonio experto de parte coincide en general con la definición de Lackey (2006: 193) respecto al testimonio del hablante, es decir:

S testifica que *p* al hacer un acto de comunicación *a* si y sólo si (en parte) en virtud del contenido comunicable *a*, S razonablemente intenta dar a conocer la información de que *p*.

Así, incorporando los puntos discutidos anteriormente en este epígrafe, podríamos decir que:

Dado el título académico o la experiencia de S, S testifica como experto al hacer un acto de comunicación *a* si y sólo si (en parte) en virtud del contenido comunicable de *a*, S razonablemente intenta dar a conocer la información de *que p*.

Es importante decir que el experto podría ejercitar y/o explicitar su *expertise* en al menos tres momentos distintos:

- a. En la realización de las actividades periciales correspondientes.
- b. En el informe o dictamen o conclusiones periciales.
- c. En las diversas declaraciones efectuadas en el juicio oral.

²⁷⁶ Tampoco se considera como prueba pericial la información contenida en libros especializados a los que el juez podría acudir en búsqueda de los datos relevantes, sino que se exige la participación voluntaria de un tercero con la intención de servir de fuente epistémica.

A diferencia del perito de confianza del juez, como ya he reiterado en varias ocasiones, el perito de parte realiza todas sus actividades periciales de forma extraprocesal, sin ningún control jurídico procedimental. Por lo que, si consideramos únicamente este momento, podría decirse que se trata de una prueba preconstituida o extraprocesal, suponiendo, por supuesto, que dichas actividades periciales *determinan* el contenido del informe o dictamen que es presentado en un proceso judicial. Si el elemento de prueba *ya existe*, se trataría entonces de verificar su aceptabilidad o autenticidad (Taruffo, 2002: 378). Ahora bien, dado que *conocemos* esa prueba *mediante* el perito, son el *informe* y las *declaraciones* que éste hace en las etapas procesales correspondientes el material susceptible de valoración epistémica. En este sentido, cuando el perito de parte realiza declaraciones en el juicio oral sobre el contenido de su informe pericial, entonces la prueba pericial de parte dejaría de ser al menos en parte una prueba preconstituida. En cualquier caso, se debe tener presente que está conformada tanto por el informe pericial como por las afirmaciones realizadas ante el juez en el juicio oral.

Finalmente, y una vez más acudo a Lackey, quiero enfatizar que abordaré a la prueba pericial de parte como acto de habla razonablemente ofrecido para *dar a conocer* la información de *que p* y no como un acto de habla ofrecido *en sí mismo* como prueba de *que p*. Por lo que, como se verá, el hecho de que lo diga un experto (por más credenciales o experiencia que tuviese) no es suficiente para considerar justificada la información experta ni las creencias sobre la información experta adquiridas mediante el testimonio. Para ahondar más en este punto, pasemos en el siguiente epígrafe al ámbito epistémico del testimonio.

1.3. Sobre la justificación testimonial

Una vez especificados los elementos que constituyen un testimonio, conviene ahora responder a cuándo estaría justificada la formación de creencias a partir del contenido del testimonio o cómo es que se está justificado en la aceptación

del testimonio.²⁷⁷ En este sentido, se habla de conocimiento testimonial o creencias testimoniales²⁷⁸.

Si volvemos al primer capítulo de este trabajo recordaremos que el debate sobre cuándo se está justificado en adquirir creencias o conocimiento mediante el testimonio de un tercero ha girado tradicionalmente entre los llamados reduccionistas y los no-reduccionistas en la epistemología del testimonio. Los primeros, poniendo toda la carga epistémica en la audiencia, asumen como condición necesaria y suficiente que ésta tenga razones positivas suficientes para creer/conocer el contenido testimonial,²⁷⁹ resultando que el hablante no tiene ninguna relevancia epistémica para la justificación de dicha audiencia (Lackey, 2006a: 170). La justificación adquirida mediante un testimonio, sería entonces, reducida a la justificación de la información obtenida mediante los sentidos, la memoria, las inferencias, etc. de la audiencia²⁸⁰. Los no-reduccionistas, por el contrario, ubicando toda la carga epistémica en el hablante, exigen como condición necesaria la fiabilidad de éste, complementando su posición exigiendo a la audiencia no tener derrotantes.²⁸¹ La justificación testimonial dependería entonces de las cualidades del propio testimonio, no de razones positivas que pudiese tener la audiencia para creer en el contenido del testimonio (Lackey, 2006a: 166).

²⁷⁷ Vale la pena decir que Lackey (2008: 8) especifica que usará “*justification*” (justificación) y “*warrant*” (aval) de forma indistinta para aludir a aquella “propiedad que es necesaria, y cuando se añade al binomio creencias verdaderas, cercana a ser suficiente para tener conocimiento con base testimonial. ... Es decir creencias verdaderas, *no-Gettier*, justificadas/avaladas.”

²⁷⁸ Dos de los grandes términos en epistemología, “creencia” y “conocimiento”, son también usados en la obra de Lackey, aludiendo a “conocimiento testimonial” o “creencia testimonial”. En *Learning from Words* (2008: 9) aclara que su interés en nociones como “justificación” o “aval” es en cuanto están necesariamente vinculadas con el conocimiento, por lo que su discusión parece tener como objetivo el “conocimiento testimonial”. O en algo cercano a esté dado su vínculo con la verdad.

²⁷⁹ Es decir, elementos o razones que justifiquen o contribuyan a justificar la creencia en la verdad o en la falsedad de las afirmaciones testimoniales.

²⁸⁰ No habría diferencia entre el estatus epistémico de la creencia testimonial reducida y las razones positivas que hacen el trabajo de reducción. En la medida en que las razones positivas estén justificadas, lo estaría de igual forma el testimonio (Lackey, 2008: 151). Así, la creencia o el conocimiento sería reducible a la experiencia en primera persona del agente.

²⁸¹ Los derrotantes, como se había dicho ya, son circunstancias que constituyen una excepción a la justificación. Para Lackey, un agente está justificado en creer determinadas afirmaciones testimoniales si tiene razones positivas y, además, no tiene derrotantes. A diferencia de los no-reduccionistas que, como se vio en el primer capítulo, sólo exigen que la audiencia no tenga derrotantes.

En ese mapa general, si se asume una posición reduccionista se tiene que sostener, entre otras cosas, que no hay una justificación distintivamente testimonial en carácter (Lackey, 2006: 179); corriendo el grave riesgo de imponer, al menos en algunos casos, una carga inasumible a la audiencia dado que para considerar justificada la aceptación del contenido de un testimonio se requeriría que los agentes tuviésemos todo tipo de conocimiento acerca de las personas, las áreas de *expertise*, etcétera (Webb, 1993: 263). Mientras que si se asume un no-reduccionismo, se corre el riesgo de caer, al menos en algunos casos, en cierta irracionalidad o irresponsabilidad epistémica al no tener *ninguna* razón para creer en el testimonio ofrecido;²⁸² siendo susceptible a fuertes críticas como agente epistémico.

Están entonces dos grandes argumentos en juego, la objeción a la escasez de información y la objeción sobre la circularidad. El primero afirma que los agentes epistémicos comunes no tienen la suficiente información para adquirir razones positivas lo suficientemente sólidas como para justificar por sí mismas la aceptación del contenido testimonial; mientras el segundo objeta que incluso cuando los agentes tienen suficiente información para justificar la aceptación del contenido testimonial, las razones positivas en juego son, a su vez, testimoniales.²⁸³

Pues bien, Lackey propone una posición de tipo ecléctica de la justificación testimonial, aprovechando los puntos más fuertes de ambas concepciones.

²⁸² Recordemos que algunos no-reduccionistas consideran que la audiencia tiene una supuesta prerrogativa epistémica para asumir, sin prueba alguna de por medio, que el hablante es confiable, que sus afirmaciones son verdaderas; esto siempre y cuando no haya de por medio alguna circunstancia que derrote esta especie de presunción. Es decir, a falta de pruebas, estaríamos *prima facie* legitimados (*entitled*) a aceptar una afirmación testimonial como verdadera (Burge, 1993: 457). Sobre la credulidad y sus efectos en el testimonio, véase Fricker (1994).

²⁸³ Como se verá, ambos argumentos han tenido cabida en la discusión sobre la prueba pericial. Por ejemplo, es un lugar común que se afirme que el juzgador no tiene la información experta adecuada para valorar adecuadamente ciertos elementos de prueba y, en ese contexto, se ha propuesto acudir a las comunidades científicas a efecto de recabar información pericial pero, y aquí viene la circularidad, la información proporcionada por éstas es también testimonial.

Argumentando la compatibilidad de exigir que la audiencia tenga razones positivas que hagan que al menos sea *razonable aceptar* el contenido de un testimonio y, a la vez, una exigencia de fiabilidad por parte del hablante.²⁸⁴ Así pues, ambos agentes, audiencia y hablante, deben contribuir epistémicamente para la justificación testimonial. Por todo ello, Lackey (2008: 177), reconstruye la justificación testimonial exigiendo los siguientes elementos:

Para todo hablante, A, y audiencia, B, B cree justificadamente que p sobre la base del testimonio de A si y sólo si:

- a. B cree que p sobre la base del contenido del testimonio de A²⁸⁵.
- b. El testimonio de A es fiable o es conducente a la verdad.
- c. B es fiable o funciona adecuadamente como receptor testimonial.
- d. El entorno en el que B recibe el testimonio de A es adecuado para recibir un testimonio fiable.
- e. B no tiene derrotantes para creer en el testimonio de A.

Y

- f. B tiene razones positivas apropiadas para aceptar el testimonio de A.

Veamos con mayor detenimiento cómo llega a sostener esto.

Lackey llama a su epistemología del testimonio "*Statement view of testimony*", exaltando que su núcleo se encuentra en el estatus epistémico de las *afirmaciones* del hablante y no en el estatus epistémico de los estados

²⁸⁴ Según Black, Ayala y Saffran-Brinks (1994), en el derecho se han empleado diversos criterios para valorar el conocimiento científico como *sustitutos* de la comprensión judicial del mismo. Como ejemplo ponen las publicaciones sometidas a revisión entre pares, las credenciales de los expertos, los rangos de error o hasta la claridad de los argumentos del experto. Una posición como la de Lackey apoya críticas de este tipo, pidiendo de la audiencia una contribución epistémica para la justificación testimonial; sin embargo, también da cabida a esos "sustitutos" en caso de que sean indicios adecuados de fiabilidad pero, en todo caso, estos deberán ser aportados por el propio hablante. Por ello, la posición de Lackey distribuye las actividades epistémicas entre los dos agentes en juego, que tratándose de la prueba pericial de parte sería el juzgador y el perito.

²⁸⁵ Una tesis más exigente sería afirmar que "B cree que p sobre la base del contenido del testimonio de A de *que p*". Sin embargo, como se ha visto en páginas anteriores, si se concibe al testimonio como un acto de habla y, además, se rechaza la tesis de la transmisión, basta con afirmar *que p* debe provenir del contenido testimonial. Además, da pie a resaltar el *proceso* implicado en la adquisición de justificación testimonial y el rol de ambos agentes en ello, dado que no se pasa simplemente de una creencia *que p* a otra creencia *que p*.

mentales de éste. En este sentido, la primera tesis que debe quedar clara es que, según Lackey (2008), aprendemos de las *palabras* de otros, no de sus *creencias* u otros *estados mentales*. En general, las diversas teorías sobre la epistemología del testimonio giran en torno a la idea de que son las creencias del hablante *el* elemento central en un intercambio testimonial, dejando las afirmaciones del hablante únicamente como una especie de vehículos de tales creencias (Lackey, 2006b: 77), que servirían para hacer públicos los estados mentales respectivos. Por ello, para esas concepciones, resulta determinante la *sinceridad* del hablante, pues si no hay una genuina creencia expresada no hay posibilidad de una justificación testimonial.

Ahora bien, esas creencias del hablante resultan ser el núcleo de la epistemología del testimonio cuando se asume, a su vez, que las propiedades epistémicas de una creencia expresada mediante las afirmaciones del hablante serían *transmisibles* a la audiencia. Así pues, para la justificación de la creencia que *p* obtenida sobre la base del contenido de un testimonio sería necesario que la creencia del hablante esté a su vez justificada. Por supuesto, *p* debe ser creído por la audiencia sobre la base del contenido del testimonio, no mediante otra fuente de conocimiento como la percepción, etc.²⁸⁶

Ya se ha dicho que los no-reduccionistas argumentan que la audiencia no necesita tener razones positivas a efectos de la justificación testimonial; pudiendo ésta estar justificada testimonialmente en ausencia de cualquier razón positiva. En esa tesitura, quienes sostienen la tesis de la transmisión de las creencias/conocimiento no exigen dichas razones, sino que sólo se comprometen con la condición suficiente de que el hablante no tenga derrotantes.

²⁸⁶ Por ejemplo, supongamos que escucho a Juan afirmando que “hay diez personas en la sala” y las cuento, confirmando que efectivamente hay diez personas en la sala, ese conocimiento es perceptual y no testimonial, pese a que el testimonio de Juan sirvió causalmente para ello.

En todo caso, esa transmisión sería el núcleo de la epistemología del testimonio pues la creencia de *que p* estaría justificada sobre la base del contenido testimonial si y sólo si *p* es a su vez una creencia justificada del hablante.²⁸⁷ En este sentido, Lackey (2006d y 2008:37ss) la identifica como la tesis de la *transmisión de las propiedades epistémicas*. Pero, ¿no se podría estar justificado testimonialmente con *independencia* de la justificación que tenga el propio hablante? Para responder afirmativamente a la pregunta anterior, Lackey (2008: 48ss) construye tres casos: el creyente no-fiable (*unreliable believer*), el confiado compulsivo (*compulsively trusting person*) y el creyente persistente (*persistent believer*), con los que intenta mostrar que pese a que un hablante pueda no tener la creencia justificada de *que p*, su audiencia aún podría estar justificada en creer *que p* sobre la base de su testimonio. Abordar en términos generales cada uno de los casos propuestos por Lackey servirá para comprender mejor su tesis.

El primero, la creyente no-fiable. Supongamos que Estela es una católica muy devota que siempre ha creído genuinamente en la teoría del creacionismo; sin embargo, es consciente de que en última instancia su creencia deriva de su fe y que hay pruebas científicas que parecen demostrar sólidamente que el hombre proviene del mono. Estela es profesora de primaria y, en su próxima clase, ha de explicar el origen del hombre. Convencida de que la religión no es algo que se deba imponer, prepara su clase con el material relevante y adecuado sobre la evolución del hombre. El día de la exposición, dice a sus alumnos que el *homo sapiens* es una evolución del *homo erectus* y les da a conocer las pruebas existentes que fundamentan una concepción evolucionista del origen humano. Estela no cree que el *homo sapiens* sea una evolución del *homo erectus*, ¿estarían sus alumnos justificados testimonialmente en creer en el evolucionismo?²⁸⁸

²⁸⁷ Quienes sostienen la tesis de la transmisión de las propiedades epistémicas comparan el testimonio con la memoria, bajo el supuesto de que ésta sólo es capaz de *preservar* propiedades epistémicas, más no generarlas, el testimonio sería entonces capaz de transmitir las y no de generar nuevas propiedades (Lackey, 2006d: 434).

²⁸⁸ Podría suponerse, además, que éstos tienen razones positivas para aceptar el testimonio de Estela.

Estela, aunque sea una creyente no-fiable, dado que pese a las pruebas existentes ella sigue creyendo en el creacionismo²⁸⁹, puede ser calificada en ese caso como una *informante fiable* pues no sólo no ha obviado la evidencia sobre el evolucionismo, sino que ha consultado fuentes adecuadas para sostener, pese a sus creencias, que el *homo sapiens* es una evolución del *homo erectus*.²⁹⁰ Para Lackey (2006d: 435), que sea una informante fiable habilita a Estela a impartir creencias justificadas a sus alumnos, pese a que ella no las tenga.²⁹¹ Así pues, para el estatus epistémico del testimonio lo que realmente importaría es si el hablante es un *informante competente*, entendido en términos de la fiabilidad de la afirmación en cuestión (Lackey, 2008: 74)²⁹².

Por otro lado, alguien podría argumentar que en este caso el término “creencia” podría sufrir de una ambigüedad dado que la creencia religiosa es algo muy distinto a la creencia ordinaria. Pues mientras ésta última forma una red con otros conceptos como “opinión”, “hipótesis”, “confirmación”, “conocimiento”, etc., la creencia religiosa forma una red con conceptos muy distintos a los anteriores, como “fe”, “dogma”, “sentimiento religioso”, “revelación”, etc. Tratándose, entonces, de prácticas lingüísticas distintas, aunque no inconmensurables. Sobre esta concepción wittgensteiniana, véase Mulhall (2011).

²⁸⁹ Es factible preguntarse por la racionalidad de Estela al seguir sosteniendo una creencia pese a las pruebas disponibles para creer en el evolucionismo. Estela no necesariamente tendría que reconocerse como irracional; bien podría creer, por ejemplo, que algunas veces es racional creer proposiciones por razones *independientes* de las pruebas disponibles, sobre todo cuando tienen relación directa con sus creencias religiosas. O incluso podría creer que hay razones más profundas que las probatorias o al menos igual de importantes que éstas para seguir manteniendo sus creencias en el creacionismo. Véase, Lackey, 2008: 116.

²⁹⁰ Un caso distinto se presenta cuando el hablante afirma algo que no cree *con la intención* de mal informar a la audiencia. Así, por ejemplo, Williamson (2000: 73) cuando define una afirmación no-sincera las relaciona *necesariamente* con dicho objetivo de mal informar sobre un estado de cosas o sobre la verdad de la afirmación en cuestión.

²⁹¹ Otro ejemplo de Lackey (2008: 110) que podría ayudar a la comprensión del punto y que, además, implica conocimiento experto es el siguiente: supongamos que Consuelo es una pediatra e investigadora que ha realizado diversas investigaciones en cuanto a las vacunas aplicables a infantes. Por ello, conoce de las investigaciones científicas que muestran que no existe una relación causal entre las vacunas y el autismo. Sin embargo, hace unos pocos meses su hija de 18 meses de edad habiendo recibido las vacunas correspondientes inició con fuertes cambios de comportamiento tendientes cada vez más al aislamiento, hasta que hace unos días fue diagnosticada con autismo. Consuelo sabe que el autismo generalmente se presenta a esa edad, con independencia de las vacunas recibidas; sin embargo, los sentimientos que le inundan por la enfermedad de su pequeña la hacen abandonar sus creencias respecto de las vacunas. Hoy, durante la consulta, un paciente le pregunta sobre la solidez de los rumores respecto la relación causal entre las vacunas y el autismo. Consuelo, reconociendo que sus dudas sobre las vacunas están relacionadas con los sentimientos por el caso de su hija y, además, consciente de su deber con sus pacientes de presentarles aquello que es más probablemente verdadero, afirma: “no hay tal conexión”. Parece, entonces, que lo fundamental no son las creencias del hablante, sino aquello que termina comunicando.

²⁹² Sustentada en las pruebas disponibles que, pese a no gobernar los estados mentales del agente, éste reconoce.

Así pues, uno de los puntos clave de este ejemplo es sostener que la afirmación *que p* no implica necesariamente que ésta tenga que pasar por algún estado mental con el mismo contenido de quien la afirma (Lackey, 2008: 113)²⁹³. Uno puede perfectamente afirmar *que p* sin necesariamente creer/conocer *que p*; y, por ello, Lackey (2008: 124) propone una tesis más débil:

uno debe afirmar *que p* sólo si considera razonable creer *que p* y lo hace al menos en parte por esa razonabilidad. Donde razonable significaría que hay un soporte epistémico disponible para el sujeto que hace probable que sea verdadero que *p*.

El segundo de los casos propuestos por Lackey (2006d: 436) para debatir la tesis de la transmisión de las propiedades epistémicas del hablante a su audiencia es el *confiado compulsivo*. Supongamos que María de Jesús es una persona confiada de forma compulsiva respecto al testimonio de su amigo José, de quien está obsesivamente enamorada. María de Jesús no sólo cree en José cuando tiene buenas razones para hacerlo, también lo hace cuando tiene buenas razones para no hacerlo. Hoy, cuando María de Jesús iba camino al supermercado, José la encontró y le dijo que ayer al salir a correr había visto una gran garza azul. María de Jesús rápidamente acepta el testimonio de José. Sucede que de hecho José había visto dicha garza mientras corría, que él es muy confiable en sus prácticas epistémicas tanto en general como en esa instancia en particular y que María de Jesús no tenía razones para dudar del testimonio ofrecido. Sin embargo, dada su naturaleza de confiar de forma compulsiva en José, incluso si María de Jesús tuviera una gran cantidad de pruebas disponibles indicándole que José no había visto la garza, que es un

²⁹³ Existe una posición considerable en filosofía que defiende la llamada "*knowledge norm of assertion*", mediante la que se pretende sostener que uno debe afirmar *que p* sólo si uno conoce *que p*. Así, por ejemplo, Williamson (2000: 243) considera que sólo el conocimiento puede respaldar (*warrant*) una afirmación hecha.

Quienes defienden esta norma consideran que aquellos que la violan son sujetos a crítica y las afirmaciones así emitidas resultan inadecuadas; inadecuadas sobre todo para transmitir conocimiento. Por ello, para Williamson (2000: 104) "afirmar *que p* sin saber *que p* es hacer algo sin tener la autoridad para ello, como darle una orden a otro sin tener la autoridad para ello".

agente epistémico no-fiable, que no hay garzas en ese lugar, etc., María de Jesús hubiera aceptado rápidamente el testimonio de José.

Así pues, incluso si el hablante es un creyente fiable o un informante fiable, una audiencia determinada podría estar constituida o actuar de forma tal que impidiese la transmisión de las propiedades epistémicas del hablante. Por ejemplo, porque la audiencia fuera incapaz de ser sensible a la presencia de pruebas contrarias a la afirmación en cuestión de forma que sea incompatible con la justificación epistémica, el conocimiento, etc. (Lackey, 2006d: 436).

Para evitar estos casos, habría que exigir entonces que la audiencia deba tener *razones positivas* apropiadas para aceptar el testimonio de A, con la finalidad de asegurar que dicha aceptación sea racional.²⁹⁴ Ahora bien, las razones positivas tenidas por la audiencia necesitarían ser tales que permitan afirmar al menos que no es irracional para ésta aceptar el testimonio en cuestión (Lackey, 2008: 181).

Nótese que se trata de una exigencia más débil que la propuesta por los reduccionistas, pues no se ubica en la audiencia toda la carga epistémica, sino que, como veremos, se exige la fiabilidad del hablante²⁹⁵. Ahora bien, la pregunta que debería seguir a esta afirmación es ¿qué tipo de razones positivas tendrían relevancia en este nuevo escenario, considerando que es aplicable la objeción de la escasez de información de la audiencia? Al respecto, Lackey afirma que hay muchas razones positivas con fundamento inductivo

²⁹⁴ En el contexto de la prueba pericial ha habido varias voces críticas del énfasis casi único en la fiabilidad del experto con independencia de la comprensión del juez sobre lo que le está diciendo el perito. Lo que, según Allen (2004: 10), termina modificando el carácter del proceso judicial dejando de ser una deliberación racional fundada en pruebas y pasando a ser una deferencia irracional. Por ello, me parece fundamental concebir adecuadamente el rol que corresponde a cada uno de los agentes epistémicos en juego. Si bien es cierto que el juez debe comprender el contenido testimonial, también es cierto que no tiene el conocimiento adecuado para determinar la fiabilidad de muchas de las afirmaciones que le son presentadas por el perito.

²⁹⁵ Al no exigir como condición necesaria y suficiente para la justificación testimonial las razones positivas de la audiencia, Lackey no reduce la justificación testimonial a la justificación de la audiencia.

disponibles a los agentes *para* distinguir entre un testimonio fiable y uno no-fiable.

Ahora bien, el testimonio no es una categoría unitaria que permita afirmaciones del tipo “*el testimonio es generalmente fiable*” (Fricker, 1994: 139). Hay muy distintos tipos de reportes epistemológicamente heterogéneos dados en las más diversas circunstancias. Por ello, cuando se trata de evaluar la probabilidad de que la afirmación testimonial sea verdadera, y los factores que justifican la creencia/conocimiento testimonial, no puede haber un listado exhaustivo de elementos a considerar. La tarea es la justificación de instancias *particulares* de testimonio atendiendo más bien a elementos que pueden ser satisfechos de muy diversas maneras, como las razones positivas de la audiencia o la fiabilidad de las afirmaciones testimoniales.

El tercer y último caso propuesto por Lackey (2006d: 435) para rebatir la necesidad de que haya una creencia a transmitir por parte del hablante hacia su audiencia para dar cuenta de la epistemología del testimonio es el del creyente persistente (*persistent believer*). Supongamos que a Bartolomé su optometrista le ha dicho que su visión no es fiable, dándole con ello un derrotante para al menos la mayoría de sus percepciones; pero, supongamos también que el optometrista está equivocado en su diagnóstico. Sin saber esto último, de forma irracional Bartolomé no acepta el diagnóstico médico. Aun cuando el diagnóstico es falso, Bartolomé debería haberlo aceptado dadas las pruebas disponibles. Pues bien, supongamos que al salir del consultorio camino a casa, Bartolomé ve un accidente automovilístico y se forma la correspondiente creencia sobre los hechos que observó. Posteriormente, reporta el accidente que ha visto a Iris; sin embargo, no le advierte a ella nada sobre el diagnóstico del médico.

¿Qué mostraría un caso como el anterior? Básicamente que los derrotantes que derrotarían una creencia del hablante no son automáticamente transmisibles a su audiencia. Supongamos que Iris no tenía razón alguna para

dudar del contenido testimonial de Bartolomé, al contrario, tenía razones positivas, pese a que la creencia de Bartolomé era cuestionable dado que contraviene las pruebas disponibles para él, ¿estaría Iris justificada testimonialmente?

Cabe distinguir entre derrotantes psicológicos y derrotantes normativo-epistémicos.²⁹⁶ Los psicológicos son creencias o dudas tenidas por la audiencia y que indican que otra creencia de ésta es falsa o está formada de forma no-fiable o es sostenida de forma no-fiable; lo importante es que son *de hecho tenidos*, con independencia de su estatus epistémico o su relación con la verdad. Los normativos, por otro lado, es una duda o creencias que sería razonable que la audiencia tuviera dado que indican que otra creencia de ésta es falsa o está formada o sostenida de forma no-fiable; el punto clave de éstos es que la audiencia *debería* tenerlos dada la presencia de ciertas pruebas disponibles, con independencia de si los tiene o no (Lackey, 2008: 45). Estos últimos, entonces, enfatizan la idea de que determinadas pruebas pueden derrotar la justificación aun cuando el sujeto no se haya formado ninguna duda o creencia sobre dichas pruebas.²⁹⁷

Una condición necesaria a imponer en la audiencia es la capacidad de *ser sensible* a la presencia de derrotantes (Lackey, 2008: 160). En palabras de Plantinga (1993a: 4), “una condición necesaria para el aval de una creencia es que el equipo cognitivo, los aparatos o poderes de formación de creencias o mantenimiento de éstas, no tengan un funcionamiento cognitivo defectuoso”²⁹⁸; o, para ponerlo en términos positivos, que las facultades cognitivas relevantes

²⁹⁶ Lackey (2008: 199) reconoce que las razones negativas pueden ser reconstruidas como razones positivas para *no* creer una proposición. Sin embargo, parece seguir interesada en distinguir las razones positivas de los derrotantes normativos; en mi opinión, porque éstos últimos además de venirle dados al agente epistémico, son de hecho derrotantes con independencia de si éste los tiene o no.

²⁹⁷ Al respecto, véase Fricker, (1987 y 1994); McDowell, (1994); Audi,(1997 y 1998); Lackey, (1999).

²⁹⁸ Obviamente el funcionamiento adecuado del aparato epistémico no es suficiente para el aval o la justificación testimonial o de otro tipo.

para una creencia funcionen *adecuadamente*²⁹⁹, funcionen como deberían *si* es que el objetivo es llegar a la verdad.³⁰⁰

De todo lo anterior, un énfasis indispensable a hacer es que el testimonio, bajo esta concepción, no sólo *transmite* creencias consideradas justificadas (mentiroso consistente) sino que genera nuevas cuestiones epistémicas (*epistemic features*) yendo más allá de su fuente. Y, por supuesto, también puede ser el caso de que la creencia de la audiencia pueda no estar justificada aun cuando lo esté la creencia de la fuente (*compulsively trusting*).

Hasta aquí he venido usando el término fiabilidad sin especificación alguna sobre el significado del mismo. Lackey suele referirse al testimonio formado o sostenido de forma fiable o relacionado adecuadamente con la verdad o aceptable epistemológicamente (Lackey, 2008: 159). En este sentido, podría decirse que habría que mostrar que se puede *predecir* o se puede esperar que el contenido testimonial es de tal clase que, en circunstancias apropiadas, será verdadero. Ahora bien, no ha de confundirse un *requisito fiabilista* con una *epistemología* fiabilista,³⁰¹ como ya se ha visto en los párrafos anteriores, y ahora vale la pena enfatizarlo, Lackey *no* se centra en la fiabilidad de los

²⁹⁹ Nótese que se trata de una noción gradual (no se habla de perfección, por ejemplo) y no en un sentido estadístico (por ello no se habla de normalidad, si esta se entiende en ese sentido estadístico).

Respecto la prueba pericial y el juzgador de los hechos, un punto importante a considerar aquí es cuáles serían las capacidades cognitivas relevantes del juzgador. Sabemos que no son las capacidades que requeriría un experto a efectos de contribuir en su área de conocimiento o para hacer o repetir las operaciones periciales, sino para comprender éstas. La mayoría de los estudios de la prueba pericial que ponen en duda la capacidad del juzgador para atribuirle un valor probatorio adecuado no especifican de qué concretas capacidades están hablando, lo que sería de suma relevancia para una adecuada toma de posición al respecto o incluso para el desarrollo de investigación empírica que compruebe o refute sus presupuestos.

³⁰⁰ Es importante reconocer “los elementos de nuestras facultades cognitivas responsables de creencias de tipos tan diversos [como] el *wishful thinking* o el optimismo que permite a uno sobrevivir una enfermedad mortal- el propósito de *estos* módulos de nuestras capacidades cognitivas no es producir creencias verdaderas” (Plantinga, 1993a: 13).

³⁰¹ Como bien afirma Brandom (2001: 121), “[u]no de los desarrollos más importantes en la teoría del conocimiento en las décadas recientes ha sido un cambio en el énfasis en las cuestiones sobre la fiabilidad de los diferentes procesos de formación de creencias. Una forma de llegar a creencias es más fiable que otra, en un conjunto especificado de circunstancias, precisamente en la medida en que es más probable, en esas circunstancias, que produzca una creencia verdadera.”

procesos de formación de creencias sino en la posesión de razones a efectos de la justificación testimonial.³⁰²

Lackey (2006b: 95) asume que el requisito de la fiabilidad puede llegar a ser muy fuerte para la justificación testimonial. Sin embargo, este requisito es indispensable para dar cuenta del aspecto objetivo de la justificación y no dejar todo únicamente al aspecto subjetivo. La carga epistémica *del hablante* es mostrar la relación de su afirmación con la verdad o la probabilidad de que el contenido de su testimonio sea verdadero.³⁰³

Establecido que la justificación testimonial de las creencias de una audiencia exige el cumplimiento de un doble requisito, la existencia de ciertas razones positivas y la fiabilidad del hablante, entonces es reconstruida por Lackey (2008: 177) a partir de las notas inicialmente expuestas:

Para todo hablante, A, y audiencia, B, B conoce que p (cree justificadamente) sobre la base del testimonio de A si y sólo si:

- a. B cree que p sobre la base del contenido del testimonio de A
- b. El testimonio de A es fiable o conduce a la verdad
- c. B es fiable o funciona adecuadamente como receptor testimonial
- d. El entorno en el que B recibe el testimonio de A es adecuado para recibir un testimonio fiable³⁰⁴
- e. B no tiene derrotantes para creer en el testimonio de A

y

³⁰² Es importante notar que lo que se discute es la fiabilidad de agentes epistémicos con estados intencionales que median las afirmaciones testimoniales que ofrecen a otros; y no la fiabilidad de instrumentos, aparatos u otros sistemas o mecanismos sin agencia, como los termómetros o los radares. Sin embargo, en el caso de la prueba pericial de parte, ambas tienen cabida; sólo que la información sobre la fiabilidad no-agencial termina siendo también de carácter epistémico.

³⁰³ Un punto sumamente relevante para el tema que nos ocupa y al que volveremos al hablar sobre la valoración de la prueba pericial. Por ahora baste con decir que el perito al afirmar que p debe ofrecer toda la información adecuada para que el juez sepa porque sería razonable creer que p .

³⁰⁴ En las páginas anteriores nada se ha dicho sobre este punto dado que considero que todo lo que hay que decirse al respecto vale la pena hacerlo directamente en el contexto del proceso judicial.

- f. B tiene razones positivas apropiadas para aceptar el testimonio de A

Llegados a este punto, resulta conveniente dar respuesta a cómo afectan estas tesis sobre la epistemología del testimonio *natural* y *lego* al testimonio *experto* de parte en el ámbito *jurídico*. Para responder someramente, ya que un desarrollo más extenso es el objetivo de lo que resta del capítulo, deberíamos aludir a tres cuestiones diversas: el carácter testimonial, la *expertise* y el contexto jurídico.

1.4. Sobre la información experta *justificable* mediante el testimonio del perito de parte

La preocupación por la *expertise* de alguna manera ha centrado prácticamente toda la atención respecto a los problemas epistémicos que presenta la prueba pericial en general, prestándose poca atención a las peculiaridades de una fuente de conocimiento testimonial como tal. Por supuesto, la *expertise* es constitutiva del testimonio experto, pero no podemos perder de vista que el interés jurídico no es la adquisición de información y/o formación para *ser experto*, sino la adquisición de cierta información *obtenida mediante* terceros considerados expertos en alguna área del conocimiento que sea relevante para la toma de decisión sobre los hechos. Por ello, deberíamos diferenciar entre:

- a. La información experta justificable *testimonialmente*
y
- b. La información experta justificada según los criterios de un área de conocimiento respectiva.

El primer punto alude, por supuesto, al carácter testimonial de la prueba pericial, a la adquisición de información a partir del contenido del acto de habla de un tercero.³⁰⁵ Y en este punto habría que enfatizar nuevamente la

³⁰⁵ Ya en más de un lugar de este trabajo he dicho que los estudios del proceso judicial parecen suponer un sujeto cognoscente ideal. Éste es, según Matilal y Chakrabarti (1994: 1), aquel “capaz de hacer su trabajo solo, encontrando los hechos fundamentalmente a través de

participación de *dos* agentes epistémicos: el juez y el perito. Así pues, si el objetivo *epistémico* de la pericial de parte es que el juez esté justificado en incorporar a su razonamiento probatorio el contenido de un testimonio experto de parte, debemos preguntarnos en primer lugar sobre el funcionamiento de una fuente de información testimonial. En este sentido, como ya se podrá imaginar, acudo al esquema recién presentado de Lackey, incorporando al juez y al perito, para delinear los elementos de la justificación testimonial de la prueba pericial de parte:

Para todo perito de parte, P, y juez, J, J cree justificadamente que *q* sobre la base del testimonio de P si y sólo si:

- a. J cree *que q* sobre la base del contenido del testimonio de P
- b. El testimonio de P conduce a la verdad
- c. J funciona adecuadamente como receptor testimonial
- d. El entorno en el que J recibe el testimonio de P es adecuado para recibir un testimonio fiable
- e. J no tiene derrotantes para creer en el testimonio de P, y
- f. J tiene razones positivas apropiadas para aceptar el testimonio de P

El inciso b, el testimonio de P conduce a la verdad, está íntimamente relacionada con que la información experta esté justificada según los criterios de un área de conocimiento respectiva. Y este punto es quizá una de las mayores complejidades del testimonio experto. Pues que conduzca a la verdad supone criterios de evaluación muy diversos (científicos, técnicos, etc.) de la información o el conocimiento que funda las afirmaciones del experto. Y es

su observación directa, sus propias deducciones, generalizaciones y explicando la bases de sus inferencias usando sus propia 'luz natural'. Sintomático de esta situación, por ejemplo, en México, al menos en algunos estados, una formula muy común empleada por los juzgadores a la hora de motivar en su sentencia la valoración de la prueba pericial es: "De acuerdo a mi leal saber y entender", seguido después por una cita textual del informe pericial. Más allá de las críticas a la forma de motivar una decisión judicial, me parece un claro ejemplo de al menos una minimización del rol epistémico que juega el perito.

Por supuesto, hay alguna incongruencia cuando pese a este tipo de prácticas se sigue cuestionando la capacidad del juzgador de los hechos para valorar racionalmente la prueba pericial.

tarea ineludible del perito mostrar que su afirmación testimonial es *truth-conducive* y debe mostrarlo, por supuesto, dando los argumentos adecuados para ello. En este sentido, podríamos decir que la *expertise* sea constitutiva del testimonio experto no determina el funcionamiento de la institución, sino que es necesario especificar cómo se tienen que satisfacer algunos de los criterios *testimoniales*.

Desde un primer momento es indispensable ser conscientes, como ya se ha analizado en los capítulos anteriores, de la amplia *heterogeneidad epistémica* que presenta el llamado testimonio experto, pues no sólo hay áreas de conocimiento mejores que otras, sino que dentro de las mismas áreas hay conocimientos mejor fundamentados que otros; además hay expertos más competentes que otros y, por supuesto, hay legos más competentes que otros cuando se trata de relacionarse con una u otra disciplina experta o afirmaciones expertas en un contexto determinado. Así pues, la tarea no es tan sencilla como descubrir (o estipular) un conjunto más o menos extenso de criterios de valoración judicial de las pruebas periciales, sino que se trata de una tarea más holista (y compleja), pues hay que considerar no sólo la *expertise*, sino el experto, el juez y el contexto judicial en que se discute la justificación testimonial.

Para dicha justificación, las razones positivas con relevancia epistémica que debe tener el juez para aceptar el testimonio de P, como se ha visto en el epígrafe anterior, deben funcionar a efectos de asegurar la razonabilidad de dicha aceptación o, en otras palabras, que cuanto menos no sea irracional para la audiencia aceptar el testimonio en cuestión. Ahora bien, nótese que éstas no juegan como “suplementos” para valorar la calidad del contenido testimonial *dada* la ausencia de conocimientos expertos del juez, sino como condiciones necesarias de la justificación testimonial. Y es aquí donde, en mi opinión, gran parte de los estudios que se han hecho sobre la llamada prueba pericial de parte se han equivocado al buscar únicamente criterios epistémicos para evaluar la calidad del conocimiento experto con *total* independencia del juez

como sujeto cognitivo. Esas razones positivas, como se ha dicho, no pueden ser a su vez testimoniales, dado que se corre un serio riesgo de caer en un círculo vicioso.³⁰⁶

En cualquier caso, el juez deberá comprender el hilo argumentativo presentado por el experto, aun cuando no sea capaz de evaluar la corrección sustantiva de cada una de las premisas que comprenderían el razonamiento experto. En lo que no se puede caer de ninguna forma es una especie de *argumentum ad ignoratiam* y sugerir implícita o explícitamente que a menos que el juez o la contraparte puedan probar que el testimonio es incorrecto, entonces el juez debe aceptarlo como verdadero. Que no se muestre que un testimonio experto es erróneo, no significa que es correcto. Si el informante experto no cumple con su tarea de informar adecuadamente al juez sobre los argumentos que harían correcta su afirmación testimonial, el juez no puede estar justificado en usar la información proporcionada por éste en su razonamiento probatorio.³⁰⁷

Ahora bien, ¿por qué respondería a este modelo de justificación testimonial el experto nombrado por las partes, y no el perito de designación judicial? Para empezar, la función del perito de parte en el proceso es informativa, proveer información; por ello, lo que *hacen* los peritos de parte en sede jurisdiccional es *testificar* (Mnookin y Gross, 2003: 143). Todos los estudios, análisis, prácticas, y demás actividades que conformarían las operaciones periciales se realizan fuera del proceso, sin ningún (o casi ningún) control procesal. El trabajo del juez a partir de ahí es evaluar la calidad de dicha información a efectos de incorporarla, o no, en su razonamiento probatorio.³⁰⁸

³⁰⁶ Si tomamos como ejemplo los criterios establecidos en el caso Daubert por la Corte Suprema estadounidense, ¿cómo podría saber un juez el “rango de error” si no es a través del testimonio de un experto?

³⁰⁷ En el contexto del entendimiento sobre lo que identifican como “razonamiento científico”, Giere, Bickle y Mauldin (2006: 104), remiten al concepto jurídico de “carga de la prueba” para argumentar que un consumidor de información científica *siempre* debe tener como regla que dicha carga es para el productor. “Esto significa, [afirman], que [los productores] tienen que proveer [al consumidor] de información sobre aquello que constituiría *good evidence* para sus afirmaciones”.

³⁰⁸ Como ya se advirtió en el primer capítulo, el perito de confianza del juez, por el contrario, lleva a cabo sus operaciones periciales de modo que resultan controlables procesalmente. Y,

Y, por ello me interesa presentar un sistema en donde la evaluación epistémica sobre la justificación testimonial pueda llevarse a cabo en las distintas etapas probatorias: la admisión, la práctica y, por supuesto, la valoración. Me parece importante hacerlo de esta manera dado que, como se ha especificado en párrafos anteriores, uno de los elementos de la justificación epistémica en el modelo de Lackey es el *entorno* en el que tiene lugar el intercambio testimonial.³⁰⁹ Sin duda, se cuestionará si el proceso judicial puede ser visto como un contexto adecuado para la recepción de testimonios fiables dado, por ejemplo, que se trata de un contexto reglado, que las partes defenderán sus intereses y que estos no necesariamente coinciden con la averiguación de la verdad, donde hay limitaciones temporales, etc. Sin duda, el contexto jurídico procesal no es el ideal, pero podría ser más o menos adecuado en función de las herramientas *disponibles* para llevar a cabo la tarea.³¹⁰

Los siguientes tres apartados de este capítulo abordarán por separado la admisión, la práctica y la valoración judicial del informante experto

además, como se verá, podría ser seleccionado por el juzgador en función de sus necesidades cognitivas a efectos de que satisfaga estas mediante sus operaciones periciales.

Hazard, Taruffo, et. al. (2001) distinguen, en su propuesta de reglas transnacionales para el proceso civil, entre asesores neutrales, los expertos o paneles de expertos nombrados por el tribunal y los testigos expertos de las partes. La diferencia entre los dos primeros sería, en su opinión, que los asesores *sólo* ayudan al juez a entender el caso y las pruebas respectivas, pero no realizan ningún tipo de investigación o estudio, que sería tarea de los segundos. Según se establece en la regla 26.3, el rol del experto de parte se limitaría únicamente a asesorar a las partes sobre los cuestiones técnicas y científicas del caso y a hacer observaciones sobre las actividades periciales realizadas por el perito de confianza del juez, todo esto siempre bajo la supervisión del tribunal. ¿Sería aplicable lo dicho en este capítulo si se considerara que el rol del experto de parte fuera ese? La respuesta es negativa, puesto que se trata más bien de un modelo de confianza del juez a todos los efectos relevantes, por lo que su análisis correspondería más bien al capítulo siguiente.

³⁰⁹ Dicho de otra manera, presupondré un sistema jurídico-procesal donde la evaluación correspondiente puede llevarse a cabo en esas tres etapas procesales.

³¹⁰ En mi opinión, sistemas como el estadounidense son contextos menos adecuados para la recepción de testimonios fiables, primero por situar ampliamente el énfasis en la admisión (en lugar de ponerlo en la valoración) y, segundo, por el hecho de que los jueces pese a tener disponibles más facultades probatorias, poco las ejercitan. Así, por ejemplo, el juez tiene la facultad de nombrar peritos de su confianza, pero pocas veces se hace.

Uno de los errores que en nuestros sistemas se ha estado cometiendo al “trasplantar” la experiencia estadounidense es precisamente el de poner la atención principal en la admisión/exclusión de los elementos de prueba o en la valoración de elementos de prueba individuales, descuidando no sólo la valoración de conjunto sino otras herramientas disponibles. También en la sentencia del caso Daubert, por cierto, se hace referencia a algunas de estas herramientas.

considerando precisamente el objetivo epistémico en juego y contextualizando las diversas discusiones jurídicas que se presentan.³¹¹ Y por supuesto, no podemos perder de vista que el testimonio experto es sólo un elemento de juicio más dentro del conjunto de pruebas que el juez toma en cuenta para decidir si “está probado que *q*”. En este sentido, *que q* puede y/o debe ser apoyada, también, por otro tipo de elementos de prueba no-testimoniales y testimoniales-no-expertos.

Bajo un modelo como el que se desarrollará en los próximos capítulos, se coloca al juez en una mejor situación cognoscitiva *qua* agente,³¹² exigiendo una seria actividad epistémica respecto la justificación testimonial que tendría que tener el conocimiento experto que pretenda usar en su razonamiento probatorio. Con ello pretendo alejarme, entonces, de la tesis de la *transmisión* de las propiedades epistémicas de la creencia/conocimiento del perito como hablante hacia su audiencia que aparece constantemente en el discurso sobre la prueba pericial. Así, por citar sólo algunos ejemplos, afirma Serra Domínguez (2000: 286) que “podemos definir el dictamen pericial como el conjunto de conocimientos técnicos-especializados que proporcionan al juez los peritos, poseedores de dichos conocimientos, para facilitarle la apreciación y valoración probatoria de afirmaciones de carácter técnico que exceden los conocimientos genéricos al juez”; o Flores Prada (2005: 196) “... este medio de prueba puede definirse como la exposición escrita y razonada que formulan los peritos llamados al proceso, y que puede consistir en la mera transmisión de los principios científicos, técnicos o prácticos interesados por la parte procesal”; también Nieva (2009: 403), quien escribe que “con [la denominación de prueba pericial] se intenta destacar el hecho de que el protagonista de la pericia, es

³¹¹ Aun cuando en la práctica las valoraciones que se presentan como separadas en cada una de las etapas procesales podrían estar estrechamente relacionadas.

³¹² Para que satisfaga el “debido proceso intelectual”, por usar el título del bien conocido artículo de Brewer (2006), al que los ciudadanos tendrían derecho como parte de la cláusula del debido proceso reconocida en la mayoría de las constituciones actuales. O lo que Ferrer (2007: 56) identifica como uno de los elementos del derecho a la prueba: el derecho a una valoración racional de las pruebas.

Como una nota al margen, quizá un título más descriptivo para el artículo de Brewer debería referir a la admisión, dado que es únicamente a esa etapa a la que hace referencia; quizá algo así como “*intellectual due admissibility*”.

decir, el perito más que un asistente de las partes ... es en realidad un asistente del juez, que le suministra esos conocimientos científicos o tecnológicos que el juez no posee, y que son imprescindibles para dictar sentencia”; finalmente, de forma mucho más explícita, Brewer (2006: 121) afirma que “lo que importa básicamente ... respecto de la solidez del testimonio científico es ... si el experto tiene y está en una posición capaz de transmitir al no-experto una creencia sustentada por buenas razones.”

Si aceptamos que el testimonio es una fuente que genera nuevas propiedades epistémicas. Adquirir conocimiento mediante la palabra de otros es un proceso mucho más complejo de lo que concepciones como las anteriores sugirieren. En definitiva, *q* debe entrar al razonamiento probatorio no *porque* sea objeto de la creencia o el conocimiento de un experto, sino porque a la luz de la fiabilidad demostrada por el experto y la razonabilidad valorada por el juez la proposición que *q* está *justificada testimonialmente*.³¹³

2. La admisión de la prueba pericial de parte

Toda prueba relevante es, prima facie, admisible y toda prueba irrelevante es inadmisibile.³¹⁴ Y es que, como se ha visto en el primer capítulo, la relevancia

³¹³ Después de todo, si los jueces no encuentran razonable creer el testimonio experto, al menos en nuestros sistemas, tienen la opción de acudir a la figura del perito de su confianza en caso de que con el resto de pruebas no sea suficiente.

³¹⁴ En otros términos, toda prueba admisible debe ser relevante, pero no toda prueba relevante es necesariamente admisible en todos los sistemas, i.e., la relevancia es muchas veces una condición necesaria pero no suficiente para la admisión de pruebas. Baste mencionar el caso de la prueba ilícita como buen ejemplo de ello. Una presentación de las que denomina funciones de inclusión y exclusión del criterio de la relevancia puede verse en Taruffo (1992, 364-378) y también en Ferrer (2007: 41-45 y 68 ss.).

En algunos ordenamientos se hace referencia a la pertinencia o a la atinencia, y no la relevancia de la prueba. En España, por ejemplo, parte de la literatura procesal considera que la relevancia no es un criterio legal de admisión de las pruebas (Abel Lluch, 2012: 287) pero, en mi opinión, tal afirmación se deriva de una confusión entre la materialidad y la relevancia. La materialidad es conocida como relevancia jurídica, hecho constitutivo, hecho principal, supuesto de hecho, etc., y hace referencia a los hechos que deberán ser determinados en la decisión para que el derecho sea aplicable al caso concreto. En este sentido, el término “materialidad” se aplica a las proposiciones formuladas por las partes y relacionadas con lo determinado previamente por el legislador en el derecho sustantivo; mientras “relevancia” se aplica a las pruebas que pueden ayudar a confirmar o refutar dichas proposiciones. Por tanto, no son términos intercambiables (Graham 2011: 105).

está relacionada con la probabilidad de *acierto* en la decisión: el aumento de información relevante puede aumentar la probabilidad de la hipótesis, pero puede disminuirla o incluso no alterarla; sin embargo, pareciera que *algo* aumenta, pues se tiene una base más sólida para fundar la conclusión (Keynes, 1920: 71).³¹⁵

Sin embargo, los sistemas jurídicos han establecido tradicionalmente un cúmulo más o menos extenso de excepciones a dicho principio general, dando como resultado la exclusión de pruebas *pese* a ser consideradas relevantes³¹⁶. Así pues, para que un elemento de prueba sea admisible muchas veces debe satisfacer una variedad de demandas *adicionales* a la relevancia.

Las razones para hacer adiciones al criterio de relevancia a efectos de admitir una prueba podrían ser sumamente variadas; sin embargo, podrían ser clasificadas, en mi opinión, en aquellas relacionadas con la averiguación de la verdad y aquellas relacionadas fundamentalmente con decisiones de política

Quizá un ejemplo sirva para esclarecer el punto. Supongamos que el derecho establece que la responsabilidad por un accidente de tráfico recae en el conductor del coche que impacta por detrás a otro; la proposición material (jurídicamente relevante) sería “el coche rojo impactó por detrás al coche verde”; luego, las pruebas relevantes a efectos de dicha responsabilidad serían, por ejemplo, aquellas que permitieran acreditar en qué lugar de la carrocería de cada coche se observan las abolladuras producidas por el impacto y no, por ejemplo, si alguno de los vehículos excedía el límite de velocidad. O, supongamos que el derecho dice que al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad se le impondrá la pena de violación y, en un caso se intenta acreditar el consentimiento de un menor de doce años, dicho consentimiento es “inmaterial” (jurídicamente irrelevante) aunque las pruebas presentadas sean adecuadas (relevantes) para confirmar el consentimiento del menor.

Aun cuando en opinión de Tillers (1983:21), el término “material” sólo sirve para recordarnos que es necesario analizar el derecho sustantivo para determinar si las pruebas ofrecidas tienden a establecer una cuestión significativa jurídicamente, habría que tener clara la distinción. Sobre el tema puede verse un estudio muy completo en Taruffo (1992: 89 ss.).

Y, para un análisis sobre la relación entre *questio iuris* y *questio facti*, mostrando interrelaciones entre ellas que no permitirían una distinción tajante, véase Mazzaresse (1992).

³¹⁵ En general, los estudiosos de la prueba e incluso algunos ordenamientos vinculan el concepto de relevancia con el de valor probatorio y, con ello, se alude a la probabilidad de la hipótesis fáctica que se pretende probar. Un excepción a esto es Ferrer (2007: 68) quien también considera que “cuánta más información relevante está a disposición de quien debe decidir, mayor probabilidad de acierto en la decisión”. Está aquí presupuesta una distinción planteada por Keynes (1920: 71) en la comparación cuantitativa de argumentos entre el aumento de probabilidad de acierto en la decisión y el aumento de la probabilidad de la hipótesis sobre los hechos a probar.

³¹⁶ Quizá en los sistemas de derecho romano-germánico la que más atención ha recibido en los últimos años sea la de la licitud de la prueba, excluyéndose, entonces, toda prueba ilícita pese a su relevancia.

pública independientes de la averiguación de la verdad. Estas últimas justifican, por ejemplo, la exclusión de las llamadas pruebas ilícitas.³¹⁷ Si se defiende que uno de los objetivos primordiales de un proceso judicial es la averiguación de la verdad, una discusión muy relevante es el costo que supone para ésta la exclusión de pruebas relevantes por razones no-epistémicas,³¹⁸ además de las discusiones sobre la eficacia de la exclusión para alcanzar los objetivos que se buscan con ello y/o si estos no se pudiesen alcanzar mediante otros mecanismos.

Pues bien, todas estas discusiones cobran suma importancia en el tema que nos ocupa, debiendo analizarse no sólo cuándo una prueba pericial ofrecida por alguna de las partes resulta relevante o irrelevante,³¹⁹ sino también las razones tanto epistémicas como no-epistémicas para regular y/o decidir la exclusión de pruebas periciales de parte relevantes. Profundizando un poco más en las razones concretas (epistémicas y no-epistémicas) que se han planteado para la admisibilidad de estos elementos de juicio, las clasificaré atendiendo a los elementos de la justificación testimonial descritos por Lackey. Así pues, podríamos tener razones (epistémicas y no-epistémicas) para admitir o excluir una prueba pericial de parte atendiendo a: la información experta que se presenta; al juzgador de los hechos; al contexto en el que se toma la decisión; y, por supuesto, al perito. Todas estas razones serán objeto de análisis en el resto de este epígrafe.

³¹⁷ Aunque debo decir desde ya que nada diré sobre el criterio de licitud de las pruebas periciales de parte, cuyo análisis sobrepasa los límites de este trabajo.

En Europa, más allá de las consideraciones de los diversos derechos nacionales, vale la pena seguir la doctrina jurisprudencial elaborada por el TEDH. Al respecto, son relevantes las STEDH de 12 julio 1988 y de 11 de Julio de 2006.

³¹⁸ Al respecto es referencia obligada Laudan (2006).

³¹⁹ Según Abel Lluch (2009: 167), “[l]a admisión a trámite de la demanda (o en su caso de la contestación de la demanda) comporta la incorporación de los dictámenes de parte a las actuaciones, pues no están sujetos a un juicio de pertinencia y utilidad como los restantes medios de prueba..., y la única intervención que se prevé del juez ... es el llamamiento de los peritos a juicio.” En este sentido, no es de extrañar que después asegure que la pericial de parte “comporta una excesiva privatización de la prueba pericial” o que “reduce la intervención judicial más allá de sus justos límites” (Abel Lluch, 2009: 30-31).

Las categorías de esta clasificación no son mutuamente excluyentes, de modo que bien podrían confluir. Así, por ejemplo, en el capítulo segundo se vio que la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió que los juzgadores además de la relevancia valorarán la fiabilidad de las pruebas científicas para decidir sobre su admisión o exclusión, lo que parecería ser una razón epistémica relacionada con la *información experta*; sin embargo, se ha analizado también que uno de los argumentos, quizá el principal, para poner un control así en la etapa de admisión fue la consideración de cierto paternalismo epistémico hacia los jurados legos, fundado en el temor de que estos sean fácilmente (e irracionalmente) persuadidos por pruebas que se presentan como científicas siendo en realidad de dudosa calidad, lo que es una razón relacionada con el *juzgador de los hechos*.

En sistemas de derecho romano-germánico la etapa de admisión en la prueba pericial de parte ha sido muy poco analizada, aunque quizá en los últimos años se ha prestado mayor atención a ésta básicamente por la gran influencia de la discusión estadounidense. Sin embargo, precisamente por dicha influencia, muchas veces la discusión se ha centrado en ciertas preocupaciones sobre las facultades cognitivas del juzgador de los hechos y/o en algo que se identifica como la fiabilidad de la información presentada por las partes. En mi opinión, en cambio, la discusión sobre la admisibilidad de las pruebas periciales de parte requiere un análisis más profundo sobre las diversas razones jurídicas que pueden estar en juego.

Las consideraciones acerca del contexto en que se presenta la prueba pericial, de la propia información experta que se presenta, del juzgador de los hechos, del contexto en el que se toma la decisión y del perito, pueden tener un impacto en los argumentos que se sostengan a favor o en contra de la admisión de una prueba pericial de parte, una vez determinada su relevancia. En los epígrafes siguientes abordaré el análisis de esos aspectos contextuales que podrían fundar reglas de admisión o exclusión adicionales al criterio de relevancia. Ahora bien, la fundamentación de los criterios adicionales que en

ellos se basen será siempre relativa al contexto procesal de cada sistema y al diseño institucional de los aspectos probatorios del proceso en su globalidad. Sin embargo, quisiera añadir en este punto que, por mi parte, estimo que deberíamos partir de una regla pro-admisión que diga algo como “en caso de duda, ¡admita!”. Así, por ejemplo, si el juez tiene dudas sobre la relevancia o irrelevancia de un elemento de juicio, entonces bajo esta regla, debería admitirla; o si, asumido que se requiriera valorar la fiabilidad de una prueba pericial de parte para su admisión, si el juez dudara sobre la fiabilidad o no-fiabilidad de ésta, entonces debiera admitirla.³²⁰

En cualquier caso, con independencia de las razones que se tengan para decidir la admisión o la exclusión de una prueba pericial de parte, tenemos que tener en cuenta que estamos ante una decisión que:

- a. No debería adelantarse y/o confundirse con el juicio sobre la *suficiencia probatoria*, debiendo ser menos exigente que, por ejemplo, la atribución de valor probatorio o la toma de decisión sobre los hechos. Si se consideran criterios de admisión o exclusión en atención a la calidad de la información,³²¹ habría que tener cuidado en no adelantarse un juicio sobre la suficiencia probatoria, sobre todo en aquellos casos donde es un mismo juzgador el que decide sobre la admisión de las pruebas y sobre la valoración de las mismas. En general, debería aguardarse la valoración de la calidad de la información para la etapa de valoración propiamente dicha (Tapper, 2010: 547).
- b. Se debe tomar considerando la información *disponible* en ese momento procesal. La cantidad y el tipo de información disponible puede variar, entre otras razones, dependiendo de cómo esté conformada la etapa

³²⁰ Coincide en este punto, aunque hablando de todo tipo de elementos de juicio y no sólo de la prueba pericial de parte, Ferrer (2007: 69). En contra de esta regla general está Thayer (1898).

³²¹ Para Roberts y Zuckerman (2004: 305), “las reglas de admisibilidad son la principal técnica probatoria para regular la calidad de la información presentada ante el juzgador de los hechos en un juicio”. Sin embargo, cabe recordar que están pensando en un sistema del *common law* donde se prevé la presencia de un juzgador de los hechos diverso al juez que resuelve la admisión y, por supuesto, con menores garantías sobre la decisión que se tome dada la no-obligatoriedad de motivación.

correspondiente: no es lo mismo decidir sobre la admisibilidad de una prueba únicamente bajo un escrito de demanda más o menos completo justificando la utilidad de ésta que en una audiencia preliminar donde las partes deben argumentar (y contra-argumentar) de forma más extensa por qué una prueba debería ser admitida o no.³²²

- c. Y, muy relacionada con los puntos anteriores, que convendría una decisión *holista* y no monista considerando precisamente la etapa procesal en análisis y en función del resto de pruebas propuestas por las partes.

La discusión sobre la admisibilidad de una prueba pericial de parte está íntimamente vinculada con nuestras consideraciones respecto a si estamos en un entorno adecuado para recibir testimonios que puedan conducirnos a la verdad y donde juegan también elementos sobre el adecuado funcionamiento del juez como receptor testimonial, ambos elementos de la justificación testimonial lackeyana. Así pues, los controles de admisibilidad deberían servir como una herramienta más para alcanzar la justificación de la decisión que se adopte sobre la prueba, considerando, claro está, que lo que pueda establecerse en sede de admisibilidad de la prueba no agota en absoluto las condiciones para esa justificación.

Sin más, entremos ya al análisis de las razones (epistémicas y no-epistémicas) para admitir o excluir una prueba pericial de parte atendiendo a la información experta que se presenta, al juzgador de los hechos, al contexto en el que se toma la decisión y al perito.

³²² Evidentemente no es lo mismo si, por ejemplo, el perito presenta un informe por escrito para que las partes lo adjunten a su demanda que si éstas últimas sólo dan a conocer al juez su intención de llamar al perito X dado que consideran relevante introducir conocimiento experto al proceso. En este último caso, ¿qué evaluaría para admitir el testimonio si aún no se tiene un testimonio?

Caso muy distinto es si los sistemas prevén algo similar al *preliminary hearing* estadounidense.

2.1. La admisibilidad considerando la información experta

Como ya se ha dicho en múltiples ocasiones en este trabajo, en sistemas de tradición romano-germánica últimamente se ha planteado la necesidad de hacer de la admisibilidad un filtro para que sólo entre en el proceso información que satisfaga determinados criterios cualitativos, sobre todo cuando se trata de pruebas periciales. Muchas veces estos controles se pretenden justificar cuestionando la capacidad de los juzgadores de los hechos para asignar a las pruebas un adecuado valor probatorio. Sin embargo, creo que puede plantearse una línea argumentativa totalmente independiente de las capacidades del juzgador de los hechos para delimitar la admisión de cierto tipo de información que satisfaga “x” criterio. Por ello, dejaré para el siguiente punto toda discusión referente al juzgador de los hechos y me centraré aquí únicamente en la calidad de los *fundamentos* de una prueba pericial de parte.

Y es que podría sostenerse, en términos muy generales, que *el derecho* podría estar interesado sólo en determinado tipo de información que cumpla con ciertas características que se consideran indicios de su calidad.³²³ La idea subyacente sería que sólo tienen *relevancia jurídica* aquellos conocimientos expertos que gocen de las características x o z. Decisión que podría conllevar la adopción de una actitud más conservadora respecto al tipo de información que se admitiría en sede jurisdiccional; sin embargo, esa decisión debería adoptarse a nivel legislativo y no ser dependiente de las decisiones judiciales.³²⁴

³²³ Los controles que se podrían establecer para la admisibilidad de una prueba pericial de parte relevante que atendieran a la información presentada son fundamentalmente epistémicos. Digo “fundamentalmente” porque podría darse el caso de algún objetivo no-epistémico como, por ejemplo, evitar que este elemento de prueba sirva como vía de entrada de información contenida en otros elementos que han sido excluidos.

³²⁴ Una propuesta así es asumida por Duce (2010: 80) cuando afirma que “[a]l sistema legal sólo le interesa escuchar la opinión experta en la medida que ella tenga un nivel de validez importante dentro de la comunidad de especialistas a la que pertenece”. O de Gold (2003: 25) “el sistema jurídico debería admitir como prueba pericial sólo aquello que la buena ciencia aceptaría como tal y nada menos que eso”.

Supongamos que el legislativo español considerara la alternativa propuesta por Nieva (2009: 402), cuando afirma que:

... se hace patente la necesidad creciente de que la ley, o en su ausencia los Tribunales competentes, establezcan requisitos que, al aplicarse, excluyan ... pruebas periciales que *no observen los avances y planteamientos científicos actuales*.³²⁵

Por supuesto, a los tribunales les correspondería evaluar para su admisión si una prueba pericial satisface los requisitos legislativos, en este ejemplo sería “observar los avances y planteamientos científicos actuales”; lo que, dicho sea de paso, se parece a la aceptación de la comunidad científica visto en el capítulo anterior. Evidentemente el primer problema con el que se encontrarían sería su aplicabilidad a pruebas periciales no-científicas y cómo determinar tal cuestión.³²⁶ Pero, la pregunta de fondo versa sobre el fundamento de dicho criterio, con el problema adicional de que pareciera que las técnicas o métodos noveles serían casi por definición de baja o nula calidad.³²⁷ Ahora bien, si la aceptación general o el adjetivo “novel” dependen de alguna forma del paso del tiempo, lo único que ese lapso podría llegar a asegurar es que tengamos mayor información sobre la técnica o el método en cuestión (Redmayne, 2001: 108).

³²⁵ Las cursivas son mías.

³²⁶ Una pregunta fundamental es ¿cómo el juez obtendría información sobre la aceptación de la comunidad científica?, ¿mediante otro testimonio?

Nieva (2009: 412), por ejemplo, identificándolos como unos “sencillos principios generales” habla sobre si las técnicas o teorías científicas han sido aplicadas previamente; si han sido publicadas en revistas reconocidas y de uso regular en la práctica; el grado o nivel de error y variabilidad e incertidumbre de los datos; su aplicación según los estándares y normas de calidad vigentes; y, no podía faltar, que sean generalmente aceptadas por la comunidad científica. Solo que en este último caso insiste en que sea la comunidad internacional.

³²⁷ Duce (2010: 49), por ejemplo, considera que la opinión emanada de la ciencia novel o en estado de desarrollo o consolidación no ha sido admitida como válida por la comunidad científica y que *por ello* tiene poco valor probatorio. En mi opinión, un estándar de prueba científico es distinto a un estándar de prueba jurídico, por lo que las determinaciones realizadas en un ámbito distinto al jurídico no tienen por qué ser adoptadas sin más. Sobre esta discusión, véase el capítulo 4 de este trabajo, concretamente el apartado 5.1.

Y es aquí donde en mi opinión reside el único criterio indispensable para la admisión de pruebas periciales de parte en atención a su calidad: que se tenga información precisamente sobre la calidad de éstas. Podría decirse entonces que el único criterio indiscutible respecto al tipo de información que se admite es que se trate de información empírica susceptible de arrojar datos sobre su calidad.

En sentido contrario, si no podemos tener información sobre la calidad de la prueba pericial, ésta no es admisible simplemente *porque* es irrelevante (Roberts y Zuckerman, 2004: 308). Conviene advertir que no se trata tanto de una evaluación sobre la calidad de la información (de la que no disponemos), sino acerca de la fundamentación de nuestra actitud epistémica hacia ésta última. Si, en definitiva, no tenemos ninguna información sobre la calidad de la astrología o la lectura de los posos del café, en ningún caso podríamos considerar que fundar una decisión en la información aportada por ese tipo de “pericias” haría aumentar las posibilidades de acierto en la decisión.

Hay que recordar que la decisión sobre la admisibilidad de un elemento de prueba es categórica (o se admite o se excluye),³²⁸ por lo que el criterio o los criterios utilizables para adoptar esa decisión deberían ser también, en principio, categóricos. Si, en cambio, los criterios que se planteen son graduales, entonces se requerirá además una especie de estándar de admisibilidad que especifique a partir de qué grado de cumplimiento de éstos se debe optar por la admisión de la prueba en cuestión y por debajo de qué grado se debe decretar su exclusión.

Vale la pena plantear un punto más sobre la calidad de la información que se presenta. Conviene recordar que el conocimiento experto no sólo puede entrar

³²⁸ Michael y Adler (1931: 99-104) sugieren distinguir entre la *cualidad* de “ser probatorio” (“*probativity*”) y la *calidad* de “ser probatorio”. Una proposición es o no-es probatoria y, si lo es, entonces lo es en mayor o menor grado (lo que identifican como “fuerza probatoria”). La cualidad de ser probatorio es la relevancia: “una proposición es relevante con independencia de cuán lejana pueda estar en una serie de proposiciones probatorias; en ese caso, se puede hablar de una ‘proposición remotamente relevante’, donde ‘remoto’ califica a la proposición y no a su relevancia.”

al proceso judicial mediante el testimonio, sino que hay otros mecanismos que permiten la entrada de afirmaciones especializadas como, por ejemplo, los “hechos notorios”³²⁹. Así, en mi opinión, si se tienen garantías muy fuertes de la calidad o la verdad de cierta información esto podría llevar al juez a considerarlas como hechos notorios y no como un elemento de prueba más,³³⁰ pensemos, por ejemplo, en la teoría de la gravedad o incluso en la duración del periodo de gestación humana, ambos objeto de conocimiento científico, pero cuya información al respecto en muchas ocasiones podría considerarse parte de un hecho notorio. En este mismo sentido, McCormick (1954: 363) defendía que el criterio de aceptación general de la comunidad científica era un criterio adecuado para que los tribunales considerasen un hecho como *judicial notice*³³¹, más no para evaluar la admisibilidad de un elemento de prueba. Adviértase aquí que, si consideramos a los hechos notorios como hechos conocidos por la generalidad de la comunidad a la que el juzgador pertenece, McCormick cambia la referencia a la comunidad social por la comunidad científica como parte de una sociedad. El punto clave, en todo caso, es que la información debería ser aceptada como verdadera por la generalidad de dicha

³²⁹ Sobre el tema de los hechos notorios, puede verse Stein (1893) y Calamandrei (1945), entre otros muchos. Para Stein (1893: 141), “[e]xiste la notoriedad fuera del proceso cuando los hechos son tan generalizadamente percibidos o divulgados sin refutación con una generalidad tal que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse ... convencido de ellos El conocimiento no está aquí articulado internamente de modo distinto al conocimiento individual del testigo, sino sólo en relación al número de cognoscentes.” Las generalizaciones en las que se basa Stein para dar cuenta de los hechos notorios pueden llegar a ser bastante problemáticas dado que puede cuestionarse su corrección. Al respecto, puede consultarse Anderson, Schum y Twining (2005: 265 ss), quienes, además, distinguen entre las generalizaciones de sentido común o de conocimientos del ciudadano de nivel medio y los hechos notorios, véase nota 66.

Cabe, no obstante, un matiz en el argumento pues podría ser posible que se entienda que un hecho notorio ya no es, por el propio carácter de notorio, conocimiento experto. Claramente es una cuestión que requiere de un análisis más profundo que no es relevante para el argumento principal de este trabajo.

³³⁰ También llama la atención sobre esta cuestión Pérez Gil (2010: 108). Aunque, en mi opinión, introduce un problema al afirmar que “si bastase una mera consulta de fuentes de información fácilmente accesibles (un libro básico, internet, etc.), algo que ni siquiera merecerá en su momento ser explicitado en el fallo” entonces cabría referirse a un hecho notorio. En mi opinión, el problema es claramente explicitado si acudimos a la FRE 201 (b-2), que habla sobre la *judicial notice* como hechos susceptibles de determinar correcta y rápidamente acudiendo a fuentes cuya corrección no pueda ser razonablemente cuestionada.

³³¹ Respecto este tema, puede verse, entre muchos otros, Anderson, Schum y Twining (2005: 273), quienes advierten que no se debe confundir la *judicial notice* con las “generalizaciones del sentido común”, dado que se puede tratar de hechos *específicos* (como que Lima es la capital de Perú), no necesariamente generalizaciones, y, además, que la corrección de eso que identificamos como sentido común puede ser cuestionada.

comunidad de expertos. Por supuesto, como se vio en el segundo capítulo, seguiría latente el problema de los fundamentos de dicha aceptación (por qué aceptan y no sólo el hecho de que aceptan) y a qué equivale la *generalidad* (¿de qué mayoría estaríamos hablando?). Considero que la respuesta a ambas preguntas pasa por asumir criterios sumamente exigentes, dado que la consecuencia que tiene considerar un hecho como notorio no sólo es la exclusión de una prueba y de todas aquellas que pudiesen presentarse sobre el mismo hecho, sino que además los enunciados que lo afirman se aceptan como verdaderos.

Dejando de lado esta pequeña reflexión sobre los hechos notorios, una última estrategia que me interesa abordar aquí, relacionada con la admisibilidad de pruebas periciales de parte en atención a la calidad de la información, es la llamada admisión asimétrica. El punto de partida es la consideración de que la admisión de la prueba debe estar condicionada no sólo por su relevancia sino también por la calidad de las pruebas mismas. Ahora bien, algunos autores defienden que en esa valoración se debería ser menos exigente con una de las partes (típicamente el acusado en materia penal) y más exigente con la otra (si seguimos en materia penal, con la acusación). Se trata de un argumento no-epistémico consistente en que sean admitidas pruebas de menor calidad sólo en caso de que hayan sido presentadas por el acusado a efectos de *distribuir el riesgo del error* de modo favorable para el acusado.³³² Así, por ejemplo, Edmond y Mercer (2002: 58) en el ámbito concreto de la prueba pericial, consideran que el derecho al debido proceso implica que se valore la calidad

³³² Hay al menos dos estrategias para la distribución del riesgo del error en un proceso judicial: una es que éste esté totalmente contenido en los estándares de prueba (Laudan, 2006) y otra es que se establezcan diversas reglas en las distintas etapas probatorias que vayan distribuyendo ese riesgo (Stein, 2005). Algunos autores consideran que la segunda opción es la más adecuada dada la imposibilidad de formular estándares de prueba precisos (Bayón, 2008); sin embargo, la segunda opción presenta también el grave problema de controlar cuánto beneficio de la duda su otorga a las partes a través de las distintas reglas probatorias. Bayón (2008: 20) sostiene que, al menos en algunos casos, una serie de normas sobre la admisibilidad y la valoración de la prueba en conjunto y a largo plazo generarían un número total de errores menor que el que produciría el funcionamiento de un sistema presidido por los principios de admisibilidad de toda prueba relevante y de libre valoración. No pretendo aquí discutir el argumento de Bayón, sino simplemente apuntar algunos argumentos sobre por qué la admisibilidad de una prueba pericial de parte no debería formar parte de ese conjunto del que habla Bayón.

de las pruebas *incriminatorias* en la etapa de admisión para compensar las deficiencias en la valoración del conjunto de pruebas.³³³

Por supuesto, el tema de la distribución del error rebasa por mucho los límites de este trabajo, por lo que sólo me interesa aquí decir que una admisión asimétrica de las pruebas periciales de parte me parece una estrategia que puede dar lugar a consecuencias absurdas, por lo que en este caso concreto la distribución del error correspondiente debe estar contenida en el estándar de prueba que rijan la decisión en materia de valoración de la prueba y no en las reglas de admisión. Creo que se trata de una estrategia que puede dar lugar a consecuencias absurdas porque, quizá con grandes probabilidades, ella misma podría ser la fuente del error que luego pretende distribuir, i.e., crearía el error para luego supuestamente distribuirlo.³³⁴ Parece muy extraño argumentar un control sobre la calidad de las pruebas periciales *para su admisión* a efectos de permitir la entrada de pruebas de baja calidad.

En todo caso, vale la pena recordar que no sólo estamos interesados en distribuir el riesgo de error sino también en minimizar todo lo posible tal riesgo. Así pues, una valoración de la calidad de la información debería atender a la disminución del error y no a su distribución.

2.2. La admisibilidad según el juzgador de los hechos

Una vez analizadas las diversas líneas argumentales que se han presentado para regular o decidir la admisión o exclusión de una prueba pericial de parte atendiendo a la calidad de la información de ésta, corresponde ahora

³³³ También Redmayne (2001: 112), por ejemplo, afirma que la competencia epistémica del jurado es una cuestión irrelevante para la admisibilidad de pruebas pues lo que debería importar, según él, es el riesgo de error.

Otras reglas de admisión/exclusión que favorecen la asimetría son, por ejemplo, aquellas que establecen la exclusión de pruebas "*more prejudicial than probative*" o que pudiesen llegar a causar un "*unfair prejudice*", dado que ambas son generalmente aplicables sólo a las pruebas presentadas por la acusación.

³³⁴ En el mismo sentido Allen (2010: 145) afirma que relajar los estándares de admisibilidad de las pruebas solo incrementaría el riesgo del error. "Asegurar la paridad de los errores ... podría ser justo, pero sin duda se haría a costo de la corrección en la determinación de los hechos."

centramos en el juzgador. Pero a diferencia del capítulo siguiente, en el que la imparcialidad judicial jugará un rol central a la hora de acudir a un perito de confianza del juez, cuando se trata de la admisibilidad de un perito de parte la atención se centra en algún aspecto de la situación epistémica del juzgador. Así pues, si para excluir pruebas periciales de parte relevantes atendemos a quien decide, encontramos tres factores diversos a tomar en consideración:

- a. La confianza o desconfianza en las capacidades cognitivas del juzgador
- b. Las necesidades epistémicas del juzgador, y
- c. La economía de los recursos cognitivos del juzgador

Antes de entrar a analizar cada una de estas opciones, vale la pena recordar que algunos sistemas distinguen entre el juez de la causa y el juzgador de los hechos,³³⁵ mientras en otros sólo hay un juzgador que realiza ambas funciones. Sin embargo, no sólo en esos sistemas se da la circunstancia de que pudiesen llegar a conocer del caso dos agentes diversos: en sistemas donde hay un solo juez que evalúa la admisibilidad de las pruebas y lleva a cabo la valoración de las mismas puede, por ejemplo, permitirse un cambio de juez durante el procedimiento y, por supuesto, siempre que se trate de una decisión probatoria que en apelación vaya a ser conocida por otro juzgador. Estas situaciones complican la discusión sobre de quién es la situación epistémica a la que nos referimos, por lo que este aspecto deberá ser abordado con sumo cuidado.

Pues bien, respecto al primer factor, Redmayne (1998: 6) asocia la decisión de admitir o excluir pruebas periciales de parte atendiendo a la concepción que se tenga sobre las capacidades cognitivas del juzgador de los hechos para atribuirle a las pruebas el valor que les corresponde. En ese sentido, distingue entre un modelo de confianza en el juzgador de los hechos y otro de desconfianza en él; así, se establecerían controles de admisión de estos

³³⁵ Por supuesto, los tecnicismos con que se identifican a estos dos agentes y las funciones que cumplen son diversos en los distintos sistemas jurídicos. Lo único que me interesa aquí es enfatizar esa posibilidad.

elementos de juicio si y sólo si se desconfía de las capacidades cognitivas del juzgador. Tampoco podemos dejar de lado que dicha desconfianza se muestra especialmente en los sistemas del *common law*, en donde se suele presuponer un juzgador de los hechos pasivo, que no tiene facultad para preguntar al experto (éste es preguntado frente al jurado, más no por el jurado), por lo que se pretende asegurar al menos que la deferencia que el juzgador de los hechos pueda tener hacia las pruebas periciales se dirija hacia pruebas sólidas (Redmayne, 2001: 125 ss).³³⁶

En el siguiente capítulo se abordará la desconfianza en las facultades cognitivas del juzgador de los hechos bajo el rotulo de “paternalismo epistémico”, poniéndose especial atención a la falta de datos empíricos lo suficientemente sólidos que fundamenten un modelo de desconfianza y, además, acentuando que en sistemas de derecho romano-germánico si dudamos que el juzgador tenga las capacidades necesarias para atribuir a la prueba un valor probatorio adecuado no hay razones para pedirle, al mismo juzgador, un escrutinio de las pruebas en la admisión, dado que sus capacidades seguirían siendo las mismas. En todo caso, aquí únicamente me interesa aludir a qué capacidades cognitivas podrían considerarse *relevantes* para adoptar un modelo de confianza o de desconfianza hacia el juzgador de los hechos.

Dwyer (2008: 100), adoptando un enfoque indiferente sustantivamente (“*substance-blind*”) respecto al razonamiento inferencial, considera que el juzgador es competente para valorar al menos la sintaxis de un argumento inferencial experto.³³⁷ Dwyer (2008: 108) considera que dado que el juzgador se le exige únicamente que acepte (o no) una prueba pericial, y no que la

³³⁶ La descripción del jurado como un juzgador de los hechos pasivo no alude a una voluntad de estos para permanecer de tal forma, evidentemente, sino al cúmulo de reglas que evitan conductas que consideraríamos razonables fuera del ámbito jurídico procesal, como hacer las preguntas necesarias cuando haya dudas o hacer inferencias a partir de determinados hechos, etc. Véase un análisis sobre estas cuestiones en materia penal en Laudan (2006).

³³⁷ Parece sostener una posición contraria Nieva (2010: 285), al afirmar que una prueba pericial es necesaria cuando “el conocimiento del juez no resulta suficiente o adecuado para trazar las inferencias necesarias”, y sigue, “... porque ... no posee los conocimientos técnicos para resolver el caso concreto, dado que escapan de lo jurídico”.

produzca,³³⁸ sólo tiene que valorar la calidad de la inferencia hecha inductivamente a partir de los hechos. Esto último, en su opinión, es considerablemente menos demandante epistemológicamente pues bastaría con determinar que las decisiones inferenciales del experto son razonables. El problema es que no se trata *únicamente* de inferencias, “la justificación proporcionada por el testimonio no es y no puede ser proporcionada por inducción... . El testimonio es una fuente de justificación diferente” (Plantinga, 1993: 79).³³⁹

Y es que más allá de la evaluación lógico-formal de los argumentos, está en juego un aspecto causal de la justificación testimonial relacionado con la comprensión de lo que afirma el hablante.³⁴⁰ Recordemos que uno de los elementos de la justificación testimonial de Lackey es que la audiencia funcione como un recipiente adecuado del testimonio. Si bien es cierto que podría llegar a ser un requisito muy débil que la audiencia funcione adecuadamente como receptor testimonial o sea un recipiente fiable del testimonio con respecto a *un* testimonio concreto o incluso respecto de una de las afirmaciones testimoniales que conforman el contenido testimonial, también es cierto que es una exigencia muy fuerte que una audiencia lo sea en *general* (Lackey, 2008: 164). No obstante, en ausencia de pruebas empíricas suficientes sobre aspectos generales respecto del funcionamiento de la audiencia como receptor

³³⁸ Lo que, en opinión de Dwyer (2008: 108), implicaría que el experto que realiza la inferencia correspondiente identifique los elementos probatorios relevantes, tome decisiones apropiadas sobre las inferencias que podrían ser hechas a partir de tales elementos y asigne probabilidades adecuadas a éstas, además de establecer relaciones entre ellas.

³³⁹ Como se verá en el apartado sobre la práctica de la prueba pericial de parte, creo que es muy útil para que el juzgador de los hechos *comprenda* las afirmaciones testimoniales expertas que las reconstruya en una especie de razonamiento silogístico donde juegan argumentos deductivos e inductivos. Pero hay que ser muy cuidadosos en no colapsar esta estructura con la justificación testimonial.

Ahora bien, los límites entre el conocimiento testimonial y el inferencial, como Lackey (2008: 30) afirma, son bastante difusos. En este sentido, no todo el contenido del testimonio experto, i.e. cada proposición en él contenida, calificaría como conocimiento testimonial; el juzgador podría realizar inferencias a partir del testimonio pero tomando en cuenta información que ya conocía con independencia del testimonio en juego.

³⁴⁰ Presupongo aquí la teoría fundherentista de Haack (1993) donde desarrolla argumentos muy sólidos para cuestionar que la justificación sea una cuestión puramente lógica (como pretenden los fundacionalistas) o puramente causal (como sugieren los coherentistas). Sobre la relación entre testimonio y comprensión, puede verse Fricker (1994); Jack (1994) y Fricker (2003).

testimonial, como su credulidad con independencia del tema y las circunstancias del contexto, el problema de la epistemología del testimonio es *local*; es decir, referido a un acto de comunicación testimonial concreto.

En este sentido, podría introducirse una modificación en el elemento de la justificación testimonial referente a que “el juzgador funcione adecuadamente como receptor testimonial” en el sentido de leerlo como:

en el caso concreto el juzgador funcione adecuadamente como receptor testimonial.

Y esto supone una exigencia mínima a efectos de la justificación testimonial, junto con el resto de elementos que la acompañan,³⁴¹ y es que el juez sea capaz de exhibir o argumentar la justificación de su creencia testimonial en coherencia con su sistema de creencias y prácticas inferenciales relevantes (Fricker, 1994: 126 y 136).

Así pues, la justificación de una creencia testimonial concreta estaría relacionada con el conocimiento que tenga la audiencia sobre la totalidad de los hechos relevantes acerca del caso en cuestión; donde los hechos relevantes no sólo suponen el conocimiento experto que está siendo afirmado sino conocimientos más generales sobre otras cuestiones expertas y también conocimientos no-expertos. En términos procesales, esto sería traducido al conocimiento que el juez tiene y/o puede llegar a tener mediante el resto de elementos de juicio que serán admitidos y practicados y, además, mediante el ejercicio adecuado del principio de contradicción como herramienta cognoscitiva. Y habrá que hacer aquí nuevamente referencia a la *completitud*

³⁴¹ Recordemos que, según Lackey (2008: 177), para todo hablante, A, y audiencia, B, B conoce que p (cree justificadamente) sobre la base del testimonio de A sólo si:

- a. B cree que p sobre la base del contenido del testimonio de A
- b. El testimonio de A es fiable o conduce a la verdad
- c. B es fiable o funciona adecuadamente como receptor testimonial
- d. El entorno en el que B recibe el testimonio de A es adecuado para recibir un testimonio fiable
- e. B no tiene derrotantes para creer en el testimonio de A, y
- f. B tiene razones positivas apropiadas para aceptar el testimonio de A

de la que se hablaba cuando se inició el tema de la admisibilidad de la prueba pericial y de la que, por supuesto, seguiremos hablando en el análisis de la práctica y la valoración de ésta. Baste aquí con decir que más que preocuparnos por las capacidades cognitivas de los juzgadores, nos deberíamos ocupar por formarlos con un *background* cada vez más adecuado y una mejor cultura general. No dudo de que “actualmente los juzgadores están lo suficientemente ilustrados y los tribunales tienen las herramientas necesarias para ... promover al proceso como un evento racional y deliberativo” (Allen, 2000: 10);³⁴² pero la velocidad con la que avanza la ciencia y la tecnología conlleva que ese “nivel de suficiencia” al que hace referencia Allen sea cada vez más exigente.

Una vez visto la (des)confianza en las capacidades cognitivas del juzgador como línea argumentativa para admitir o excluir una prueba pericial de parte, pasemos al siguiente factor, que gira también en torno a la situación epistémica del juzgador, pero esta vez de forma relativa a sus necesidades y no a sus capacidades. Algunos ordenamientos establecen como criterio adicional a la relevancia la *necesidad* de la prueba pericial en cuestión y parte de la jurisprudencia y la doctrina la han interpretado como una necesidad epistémica de *un* juzgador concreto (por supuesto, el juez que está conociendo del caso) respecto de los conocimientos expertos que se supone suministraría la prueba pericial. Un buen ejemplo de esto lo constituye la siguiente sentencia del Tribunal Supremo español³⁴³:

... el Juez puede sustituir al perito cuando se considere suficientemente informado por sí según su preparación para conocer y apreciar el objeto o la cuestión litigiosa que hubiera necesitado la intervención de otra

³⁴² En este sentido, el juzgador podría apelar a la concordancia o la discordancia entre los datos y las predicciones para valorar el testimonio ofrecido por el experto y el mundo. Idealmente sólo hay dos opciones, las predicciones y los datos concuerdan o no concuerdan; sin embargo, la situación claramente suele ser más complicada porque la concordancia puede ser gradual.

³⁴³ STS, Sala 1ª, de 10 de febrero de 1994, fundamento jurídico 4º (RJ 1994/848).

persona que tenga los conocimientos científicos, artísticos o prácticos requeridos por las circunstancias del caso.

Entiéndase bien, no se refiere a la necesidad de la información *dada la cuestión* a resolver,³⁴⁴ sino a la necesidad de la información *según el agente* concreto que resuelve. Aquí la locución “según el agente” significa tanto que la evaluación giraría en torno a sus propios estados mentales, como que le correspondería hacer la (auto)valoración respectiva. Hago referencia a los estados mentales porque dicha necesidad podría entenderse como: i. el juez *crea* que la necesita, es decir, cree que no tiene los conocimientos; o, ii. el juez la necesita, es decir, realmente no tiene los conocimientos. La formación de la creencia del juez supondría una especie de autoevaluación de su nivel cultural y, por supuesto, la vinculación de la admisibilidad a creencias subjetivas que convertirían, por ejemplo, en irrecurribles las decisiones sobre la admisión, pues ¿cómo se podría objetar que un juzgador necesitaba, o no, la pericia para decidir el caso si depende únicamente de sus creencias?

El hecho de que el juez realmente la necesite es subjetivo en un sentido más débil, aunque también bastante problemático; pues si bien es cierto que no vincula la admisibilidad con las creencias del juez, sí la vincula a un sujeto concreto y esto conlleva serios problemas. Más allá de advertir que bajo esta perspectiva evidentemente un cambio de juzgador podría cambiar radicalmente la valoración sobre la necesidad de un experto presentado por las partes,³⁴⁵ cabría preguntarse por qué las necesidades epistémicas de un juzgador serían importantes para admitir una prueba pericial *ofrecida por las partes*. Si bien, como se advirtió en el capítulo anterior, estas necesidades juegan un papel relevante para que éste acuda a un experto que las satisfaga, cuando se trata de un perito ofrecido por las partes parece extraño decir que el objetivo (al menos primario) es satisfacer las necesidades del juez y no solo ofrecer

³⁴⁴ Lo que hace suponer una diferencia con el criterio de relevancia y también con el criterio de la redundancia.

³⁴⁵ Advierten sobre esto Montero Aroca (1998: 182), Picó i Junoy (2001: 48) y Abel Lluch (2012: 659), entre muchos otros procesalistas españoles.

información relevante a ser incorporada en el razonamiento probatorio. En su caso, quien tendría sentido que hiciese una valoración sobre la necesidad de acudir a un experto serían las partes, pero con independencia de cualquier referencia a las necesidades epistémicas del juzgador, dado que, como también ya se ha dicho aquí, éstas muchas veces ignoran qué juzgador conocerá de su caso y, de saberlo, no tendrían por qué conocer sus necesidades epistémicas generales y menos aún aquéllas relevantes para el caso concreto.

Además, conviene recordar lo dicho anteriormente respecto a que el conocimiento experto ofrecido por las partes en un proceso sufre de un “sesgo estructural”. Así, dado que éstas presentarán únicamente al experto que, por la razón o motivo que sea, sustente una afirmación que sea favorable a su hipótesis sobre los hechos, es posible prever que las distintas partes presenten peritajes contradictorios, con lo que cabría la posibilidad de que las necesidades epistémicas del juez se ampliaran precisamente por la presencia de éstos.

Por todo esto, en mi opinión, condicionar la admisión de una prueba pericial presentada por las partes a las necesidades cognitivas de un juzgador es un argumento insostenible. En cambio, hay otra forma, en mi opinión, más prometedora de interpretar dichas necesidades epistémicas y que pasa por relacionar dichas necesidades con la actividad de *los jueces*, no de un juez concreto, en materia de valoración de las pruebas, excluyendo aquellos elementos de juicio que interferirían con dicha actividad.³⁴⁶ El ejemplo

³⁴⁶ En la literatura anglosajona es conocida como la *ultimate issue rule*, que es definida como una cuestión litigiosa que es suficiente, por sí misma o junto con otras, para resolver el caso (Garner, 2009: 908).

Zuckerman y Roberts (2004: 310) lo consideran como el criterio esencial de la admisibilidad, al menos en el Reino Unido.

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo español (648/2010) se ha pronunciado al respecto afirmando que: “[c]onvertir el dictamen de los peritos psicológicos, singularmente lo que éstos denominan conclusión psicológica de certeza, en un presupuesto valorativo sine que non, llamado a reforzar la congruencia del juicio de autoría, supone convertir al perito en una suerte de pseudoponente, con una insólita capacidad para valorar anticipadamente la credibilidad de una fuente de prueba.”

paradigmático son algunas pruebas periciales sobre la confiabilidad de testigos o sobre la intención de matar a otro (Roberts y Zuckerman 2004: 311 y 318; Richard, 2001: 504; Duce, 2010: 72 ss; Richard, 2011: 496), que constituyen precisamente una de las cuestiones que corresponde valorar al juzgador de los hechos como tal.³⁴⁷

Pensemos en otro ejemplo, ¿por qué generalmente no se permite presentar una prueba pericial sobre el derecho nacional? Creo que por el mismo argumento que en el caso anterior: suponemos que es una función principal de del juzgador respecto de la que, por tanto, no es necesario que se pronuncie un perito. Se considera al juzgador mismo, en ese caso, como experto y en consecuencia no habría necesidad epistémica adicional que cubrir por una potencial prueba pericial. Debe observarse que entendido así el criterio de las necesidades epistémicas del juzgador, se realiza una interpretación mucho más restrictiva de las necesidades epistémicas en juego, pero, por otro lado, se amplían los sujetos de referencia, ya no interesándose por el juzgador concreto que conocerá del caso específico sino por la *clase* de los juzgadores.³⁴⁸

Por supuesto, muchas veces no resulta fácil determinar cuáles son las pruebas que interferirían con la actividad del juzgador de los hechos en cuanto tal. Si retomamos el caso de las periciales psicológicas sobre la confiabilidad de un testigo, ¿sería excluible bajo este argumento una prueba sobre la naturaleza de algún síndrome sufrido por alguno de los testigos que pudiera sentar dudas sobre su credibilidad?

Nótese que en estos casos es donde tendría más sentido hablar de una usurpación de las funciones del juzgador por parte de un perito, donde sí que

³⁴⁷ En este sentido, para Zuckerman y Roberts (2004: 319), “siempre es una cuestión moral si los estándares técnico – expertos deben tener prioridad sobre las reglas sociales, tal como son representadas en los tribunales por el sentido común de los jurados”.

³⁴⁸ Es más, podría caber dentro de esta interpretación aquellas pruebas de hechos tan simples que no precisen de conocimientos técnicos o prácticos para conocerlos o valorarlos (Abel Lluch, 2012: 661), atendiendo a eso que podríamos identificar como cultura media en una sociedad determinada.

puede haber una fuerte tensión entre el conocimiento del juzgador y la función de éste y aquellos que le serían proporcionados por un perito.

Para finalizar los argumentos que se plantean respecto la admisión o la exclusión de una prueba pericial de parte relevante atendiendo a la situación epistémica del juzgador de los hechos, vale la pena analizar un interesante argumento desarrollado por Nance (2004: 230), que no se funda en las capacidades cognitivas del juzgador ni en sus necesidades epistémicas, sino en la administración de sus recursos cognitivos. En términos generales, consistiría en incentivar que el juzgador dedique sus recursos cognitivos a las periciales de *mayor calidad*, excluyendo las pruebas periciales de menor calidad.

El argumento presentado por Nance implica necesariamente una evaluación *comparativa* entre las pruebas presentadas por cualquiera de las partes³⁴⁹ y sólo en aquellos casos en que dichas pruebas aborden la misma cuestión. Entiéndase bien, no se está diciendo que se excluyan las pruebas de la contraparte dada la calidad de las pruebas de la otra parte, sino que se atienda al conjunto de pruebas presentado por *cada una* de las partes. Así pues, para Nance, habría que excluir una prueba pericial presentada por JF cuando el mismo JF haya presentado otra prueba (también) pericial pero de mayor calidad.

El presupuesto que subyace a este argumento es que, en algunas circunstancias, “menos información es mejor cognitivamente”³⁵⁰, en contra de la tesis común que sostiene que disponer de más información relevante es

³⁴⁹ Debe enfatizarse que se trata de una decisión de carácter eminentemente *comparativo* que implica que uno de los elementos sea de una calidad lo suficientemente mayor para excluir a otro elemento; o, mejor aún, si es el caso de varias periciales, que el conjunto de las periciales sea igualmente bueno al excluir uno de los elementos que la conforman (Nance, 2004: 232). Por supuesto, si la parte sólo ha presentado una prueba pericial, bajo el esquema de Nance, no tendría sentido entrar a analizar la posibilidad de excluirla con este argumento pues se terminaría en realidad adelantando la valoración de ésta.

³⁵⁰ Un argumento similar, identificado como peligro de desborde o sobrecarga de la información, pero analizando la admisibilidad de cualquier elemento de prueba, ha sido sugerido por Ferrer Beltrán (2007: 85).

siempre mejor. Según Gigerenzer (2004: 21), “en la mayoría de los modelos de racionalidad se da por hecho que la calidad de la decisión siempre incrementa –o al menos no disminuye- cuando incrementa la cantidad de información”. Si relacionamos esto con la conformación del conjunto de elementos de juicio en la etapa de admisión probatoria que ahora analizamos y partimos de que la admisión probatoria tiene como objetivo la conformación de un conjunto de elementos de juicio lo más rico posible, tendríamos que diferenciar entre un conjunto rico cuantitativamente y cualitativamente. Aquí, “cualitativamente” no sólo hace referencia a la diversidad de tipos de pruebas, sino a que cada uno de esos tipos de pruebas sean de cierta calidad; calidad que interesaría a efectos de que el juzgador de los hechos administre adecuadamente sus recursos cognitivos. Por ello, sería adecuado seleccionar aquel elemento que concentrará la atención de éste, aunque tal vez no sólo de éste sino incluso de las mismas partes.

Hay que señalar que este argumento no necesariamente tiene que ver con un ahorro de tiempo, dado que posiblemente el tiempo que se pueda ahorrar en la etapa de valoración se deba invertir previamente en decidir la admisión o la exclusión de un elemento de prueba bajo este argumento. Ahora bien, la racionalidad de una estrategia heurística como ésta depende fundamentalmente del contexto particular en que se toma la decisión,³⁵¹ por lo que no es una estrategia adecuada o inadecuada en sí misma (Gigerenzer, 2006: 17).

³⁵¹ Resulta claro que todo el argumento hasta ahora desarrollado pende de cuestiones heurísticas. Según Gigerenzer (2006: 17) hay dos formas de analizar el carácter de la heurística: como solución a un problema (o forma de solucionar un problema) dadas las características de éste y como un problema en sí mismo dado que suele verse como una segunda mejor opción dada las limitaciones cognitivas de un sujeto. Si se asume la segunda versión, se asume también que las personas usan estrategias heurísticas *sólo* porque tienen capacidades cognitivas limitadas. Una concepción de este tipo puede ser encontrada en Tversky y Kahneman (1982) y Kahneman (2011).

Por supuesto, también está implícita la discusión sobre qué consideración merecen las limitaciones cognitivas. Así, mientras para algunos suelen ser fuente de ilusiones cognitivas o sesgos; para otros, podrían de hecho facilitar las funciones cognitivas, no sólo constreñirlas. En el primer sentido, un buen ejemplo es Buglioli y Ortún (2001: 21): “[l]os datos de la psicología apoyan la idea de que las capacidades humanas son limitadas y que las decisiones pueden tener sesgos cuando las actividades que se desarrollan son complejas o la información disponible tiene carácter probabilístico”.

Después de desarrollar el argumento en comentario, Nance (2004: 233) termina considerando que este tipo de criterio de admisibilidad sobre la calidad de un elemento de prueba *no* es el más adecuado. Aunque no lo dice explícitamente, parece que su objeción radica en que sea visto como la única forma de interpretar la tarea de *gatekeeper* exigida a los jueces en el contexto estadounidense y, más precisamente, pensando en un contexto perteneciente a la tradición del *common law*, donde el juez que decide la admisión debería ponerse en el lugar del jurado que juzgadora de los hechos para hacer las evaluaciones pertinentes a efectos de administrar los recursos cognitivos de éste. Pero, cabría preguntarse: ¿cuál sería la situación en sistemas de derecho romano-germánico?

Suponiendo que el mismo juez que decide la admisión valorará también las pruebas periciales presentadas por la parte correspondiente, como suele suceder en nuestros sistemas, podría ser mucho menos problemática la gestión de recursos cognitivos por el mismo agente, de modo que evite el desborde de información, considerando la que hasta ese momento ya tiene. También abona a esta cuestión el hecho de que el juez pudiera pedir, en etapas posteriores a la admisión, otras pruebas que en una situación distinta a la anterior pudiera considerar relevantes para la decisión. Así pues, en mi opinión, las diversas facultades probatorias de que gozan los jueces de tradición romano-germánica favorecen la gestión de sus recursos cognitivos.

2.3. La admisibilidad tomando en cuenta el contexto en que se decide

Como afirman Buglioli y Ortún (2001: 26), “el entorno institucional y organizativo puede limitar la racionalidad de las decisiones”. Se entiende por entorno institucional el conjunto de restricciones formales e informales que regulan la interacción en ese contexto; y por entorno organizativo la forma de distribución de las facultades de decisión, de evaluar comportamientos e

incentivar individuos. Atendiendo a estos entornos, en este punto, a efectos de discutir la admisión o exclusión de pruebas periciales de parte por razones relacionadas con el contexto jurisdiccional, podríamos encontrar al menos dos grandes líneas argumentativas:

- a. La economía procesal como una restricción institucional³⁵²
y
- b. El control de las partes como una facultad organizativa del juez

A diferencia de otros criterios para fundar la admisión o exclusión de una prueba pericial de parte, estas líneas argumentativas no están fundadas en una preocupación por las capacidades cognitivas de los juzgadores o por la información que se ha ofrecido, sino más bien en ciertos contrapesos a considerar en el contexto procesal. Ahora bien, a efectos de la admisibilidad de pruebas hay una diferencia importante entre los dos tipos de argumentos: como se verá, mientras la economía procesal inclinaría la balanza hacia la exclusión de pruebas, el control de las partes tiene como objetivo la incorporación de pruebas de mayor calidad.

Dicho esto, iniciemos con el análisis del llamado principio de economía procesal, acotándolo evidentemente a la admisibilidad de las pruebas periciales de parte.³⁵³ Asumo que la economía procesal es el ahorro de actividades

³⁵² Para entender mejor este punto, habría que relacionar al proceso judicial con su “publicización” o “socialización” que orienta el reparto de funciones entre el juez y los litigantes, indicando que “si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no lo son respecto del proceso mismo, es decir, de su desarrollo, al concebirse no sólo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como función pública del Estado, interesado, por tanto, en el mejor cumplimiento de esa función” (Picó i Junoy, 2007: 103).

³⁵³ Para un amplísimo análisis sobre la economía procesal en general, véase Comoglio (1980). Y para un análisis económico del derecho probatorio, cfr. Posner (1999). Éste último, aunque dedica algunas páginas a sistemas de tradición romano-germánica, está especialmente referido al derecho estadounidense; sin embargo, varias de las cuestiones ahí planteadas son fácilmente trasladables a nuestros sistemas.

Stein (2005: 136 ss), por su parte, desarrolla algunas cuestiones críticas sobre un argumento costo-eficacia respecto la reducción de errores en materia penal mediante el uso de los diversos mecanismos que controlan la actividad probatoria. Habla entonces de la reducción máxima de las pérdidas sociales representadas por la suma de dos costos: el costo de los

procesales que conlleva una disminución en el tiempo y los recursos materiales empleados en un proceso judicial.³⁵⁴ Ahora bien, no vale cualquier disminución, sino una que observe cierta relación de proporcionalidad entre los medios y los fines del proceso judicial. Si partimos del presupuesto que la finalidad de la prueba en el proceso es la averiguación de la verdad, entonces la economía procesal en materia probatoria se circunscribirá a los posibles ahorros en la actividad probatoria que no socaven la averiguación de la verdad. En este sentido, un argumento de economía procesal *no* debería tener efectos adversos para la averiguación de la verdad.

Al respecto, podríamos hacer una comparación con la exclusión de las pruebas relevantes pero ilícitas, que no se hace por razones epistémicas y, sin embargo, tiene efectos contra-epistemológicos; la exclusión de pruebas relevantes por cuestiones de economía procesal, por su parte, tampoco se lleva a cabo por razones epistémicas (sino por ahorro de tiempo y/o recursos) pero no debe tener efectos contra-epistemológicos.

En todo caso, dicho ahorro de actividades procesales puede plantearse desde dos perspectivas: como una directiva programática de codificación dirigida al legislador³⁵⁵ y como un criterio orientativo de las facultades discrecionales del juzgador dirigido precisamente a éste (Comoglio, 1980: 46). En la discusión sobre la admisibilidad de la prueba pericial de parte, legislativamente a veces se limita el número de pericias que las partes pueden presentar sobre una misma cuestión. Sin embargo, esto tiene el problema de que en ocasiones la prueba de un hecho aconseja la adquisición de información proveniente de distintas áreas de conocimiento, en cuyo caso parece razonable disponer en el

errores en la averiguación de la verdad y el costo de los procedimientos de averiguación de los hechos que reducirían dichos errores.

³⁵⁴ Si seguimos la doctrina alemana citada por Comoglio (1980: 7), podemos distinguir un aspecto principal y un aspecto colateral de la economía procesal. El aspecto principal sería el ahorro tanto como sea posible de la actividad procesal de las partes o del juzgador que tendría como consecuencia, y aquí viene el aspecto colateral, un ahorro individual o colectivo de tiempo y especie.

³⁵⁵ Posner (1999: 2), por ejemplo, asegura que “la estructura institucional y doctrinal del derecho probatorio estadounidense tiene una sutil lógica económica, aunque intuitiva, implícita e incompleta”.

proceso de diversos peritos. Así pues, si no se quieren causar efectos epistémicos desfavorables debería descartarse una regla general que limite el número de peritos y más bien pudiera asumirse como criterio orientativo para el juez en función de las circunstancias del caso.

Por otro lado, la economía procesal como criterio orientador del juez consistiría en el propio juicio del juzgador sobre la utilidad de las actividades procesales en el contexto de un proceso judicial concreto a efectos de su toma de decisión fáctica.³⁵⁶ Se trataría entonces de un criterio que oriente las decisiones del juez en materia de admisión de pruebas periciales en aquellos espacios donde cabe la discrecionalidad de éste. Y, sólo a efectos de ejemplificar esta posibilidad, podríamos pensar en dos casos:

- a. El supuesto en el que la prueba pericial de parte sea una prueba superflua en un conjunto, en principio suficiente, de pruebas no-periciales; y
- b. El supuesto en que el valor probatorio que parece pudiese tener un elemento de juicio no compense el gasto de tiempo y recursos³⁵⁷.

Es posible interpretar que un argumento del primer tipo lo presenta Duce (2010: 67) al afirmar que *siempre* sería preferible introducir la información respectiva por *otros* medios de prueba y no mediante una prueba pericial que resulte adicional. Sin embargo, aunque en innumerables ocasiones hace referencia al aprovechamiento racional de los recursos,³⁵⁸ Duce termina

³⁵⁶ Entendido de esta manera, valdría la pena especificar que lo visto en párrafos anteriores sobre la administración de los recursos cognitivos del juzgador, hecha por el propio juzgador, podría ser vista como una especie de éste criterio, pues potencialmente podrían ahorrarse actividades procesales que conllevaran una disminución en tiempo y recursos materiales.

³⁵⁷ Aunque es claro que desde el punto de vista económico los costos del peritaje de parte son asumidos por la parte y el juzgador no tendría por qué interferir en la decisión sobre su conveniencia, existen también otro tipo de recursos, como el coste económico del tiempo, el coste para la otra parte de contradecir el peritaje y el coste en recursos cognitivos del juez, que deben ser tomados en cuenta en la admisión de la prueba.

³⁵⁸ Por ejemplo, afirma que “el punto de la preocupación no es el uso de la prueba pericial en sí, sino más bien que un uso irracional de la misma, es decir, fuera de los casos en lo que se justifica, no es una cuestión neutra desde el punto de vista de los recursos, siempre limitados, con los que cuenta el sistema” (Duce, 2010: 52). Pero, en cambio, pone más énfasis en lo que

estando más preocupado de las capacidades cognitivas del juzgador, pese a que gran parte de su trabajo resultaría mejor fundado en cuestiones puramente de economía procesal.

Por supuesto, subyace la idea de que las pruebas periciales son de hecho costosas, por lo que sólo en los casos en que no haya otras pruebas no-periciales que sean suficientes para probar el hecho en cuestión, entonces se deberían admitir aquéllas. Cuando se tienen muchas (incluso demasiadas) pruebas, el efecto de pruebas relevantes adicionales en la resolución de un caso tiende a disminuir, sin una necesaria disminución en los costos que éstas pueden producir, e incluso pudiendo aumentar las probabilidades de desborde en la información (Posner, 1999: 7 y 59).³⁵⁹ La consecuencia de una concepción así es que en los casos en que se admitiese una prueba pericial se esperaría que tuviera un fuerte peso probatorio; en ese escenario posiblemente muchos casos en los que se presentasen este tipo de elementos probatorios serían determinantes para la toma de decisión. Y, precisamente por ello, habría de ser más exigentes con los parámetros empleados por el juzgador.

Hasta aquí se ha hablado de la economía procesal como una cuestión endoprocesal, es decir, que afecta al interior de un proceso judicial en tanto se toma una decisión sobre los hechos. Sin embargo, también vale la pena mencionar que podría tener efectos extraprocesales, por ejemplo, una decisión fundada en argumentos de economía procesal puede repercutir en otros procesos o incluso generar otras instancias para la revisión de esa decisión que ha inducido a un error al excluir el elemento de prueba en comento, etc.

denomina “aporte probatorio versus prejuicio en el juzgador” y “valor probatorio versus influencia indebida en el juzgador”. Cuya diferencia, según el propio autor, radicaría en que en el primer caso el prejuicio va en contra del acusado, mientras que en el segundo lleva a valorar equivocadamente al elemento de juicio. En mi opinión, esa diferencia no está justificada, dado que tanto el prejuicio como la influencia indebida pueden resultar en perjuicio del acusado.

³⁵⁹ Posner también llama la atención respecto a que la exclusión de estas pruebas podría contrarrestar los incentivos de las partes para invertir en exceso en los elementos de juicio a presentar.

Como ya se dijo anteriormente, el otro aspecto relevante al considerar la admisibilidad de la prueba pericial de parte atendiendo al contexto en que se adopta la decisión tiene que ver con el entorno organizativo y, en particular, con el control de las partes (y sus abogados) que podría hacer el juez en la etapa de admisión probatoria cuando se trata de pruebas periciales de parte.

Al respecto, vale la pena detenerse en otra de las propuestas de Nance (2004: 236 ss.) para regular la admisibilidad de pruebas periciales de parte en sistemas adversariales como el estadounidense, que él denomina “principio de la mejor prueba disponible”.³⁶⁰ La idea principal es que se utilice la exclusión de elementos de prueba para fomentar la presentación de mejores pruebas, pruebas con mayor valor probatorio y menos costosas para el juzgador o que logren un mejor balance entre estas dos cuestiones. Se trata, por supuesto, de ser más exigentes con la parte que ha producido un testimonio pericial y que pretende que sea considerado en un proceso judicial; y, a la vez, subyace la idea de incentivar que los tribunales sean consumidores más exigentes de conocimiento experto. En este sentido, podría considerarse como una estrategia cuyo objetivo es *incrementar* la calidad de las pruebas periciales que serán practicadas y valoradas.

Dado que la propuesta se hace para un contexto donde el juzgador de los hechos es el jurado, y en el que previamente el juez de la causa decide sobre la admisibilidad de los diversos elementos de prueba, se pide a éste último que

³⁶⁰ En su reconstrucción sobre la exigencia de valorar la fiabilidad de las pruebas periciales en la admisión en los Estados Unidos, esta opción sería la más importante: “este tipo de consideración representa el principal, sino es que el único, razonamiento adecuado para la valoración de la fiabilidad contenida en la regla 702 [de las FRE]”.

Véase un desarrollo más amplio del principio de la mejor prueba disponible en Nance (1988) donde hace referencia a la obligación colectiva de las partes en un proceso judicial de presentar un conjunto de elementos de prueba que haga lo más probable posible la hipótesis sobre los hechos del caso que defiende, por supuesto dentro de los límites que haya dados los costos y las características del contexto procesal. Es decir, se trata del requisito epistémico de disponer de las mejores pruebas en términos epistémicos: un conjunto de información, razonablemente disponible para las partes, que un juzgador de los hechos razonable encontraría adecuado para tomar una decisión fáctica.

Un caso típico, muy simple, de aplicación de este principio es la habitual solicitud a las partes para que presenten documentos originales en lugar de fotocopias de los originales.

sea facilitador de inferencias adecuadas para aquél, intentando que haya las mejores pruebas disponibles dentro del conjunto de elementos de juicio.

Según Nance (2004: 238), hay que tomar en consideración dos condiciones: primero, que las pruebas sean claramente mejorables y, segundo y muy importante, que estén disponibles para las partes. Si estas dos condiciones no se cumplen *conjuntamente*, entonces no habría lugar a la exclusión del elemento de juicio en cuestión. Evidentemente, a efectos de dicha valoración habría que considerar las circunstancias particulares del caso concreto, sobretodo porque a las partes sólo se les podría exigir que presenten la mejor información disponible para ellas.

Entre esas circunstancias cobra suma relevancia el elemento de los recursos económicos que las partes deberían invertir para incrementar la calidad de los testimonios periciales ofrecidos, pues habría que cuidar no incrementarles fuertemente los costos de un proceso judicial. En este sentido, la propuesta podría tener más sentido si nos enfocamos en los *repeat players* del sistema, i.e. para los propios expertos que acuden continuamente a la arena jurídico-procesal.³⁶¹ A largo plazo, con la continua exclusión de las pruebas periciales que presentasen, estos expertos tendrían el incentivo de incrementar la calidad de la información que llevasen al proceso, teniendo incentivos para mejorar sus métodos, técnicas, etc.

³⁶¹ Sobre la aplicación del principio de la mejor prueba disponible de Nance al ámbito penal, fundamentalmente para las ciencias forenses, véase Redmayne (2001: 133ss).

2.4. La admisibilidad atendiendo al perito

Desde el primer capítulo de este trabajo se dijo que podría distinguirse entre el sujeto que brinda la información (experto) y la información brindada por éste (*expertise*). Se afirmó también que en el análisis de la prueba pericial en los sistemas de derecho romano-germánico tradicionalmente se ha puesto mayor atención al sujeto que a la información brindada por él; aunque en los últimos años pareciera haber un ligero cambio de rumbo, quizá debido en gran medida a la influencia estadounidense, planteándose criterios de valoración de dichas afirmaciones con cierta independencia del sujeto. Ahora bien, en epígrafes anteriores de este capítulo se ha dicho precisamente que el foco de interés en los testimonios expertos presentados por las partes son las *afirmaciones* testimoniales, pero ¿esto quiere decir que nada sobre el testimonio como sujeto debería interesar al sujeto cognoscente?

En la primera parte de este capítulo, definiendo el testimonio experto de parte, se ha dicho que las partes deben satisfacer al menos una de las siguientes condiciones para presentar a un sujeto como experto:

- a. Credenciales formales que certifiquen que un individuo ha acreditado los estudios correspondientes en una determinada área de conocimiento, reconocida por la institución otorgante
y/o
- b. Que dicho individuo acredite que cuenta con experiencia en determinado tipo de saber: una especie de credencial informal.

En aquél contexto, dado que pretendía ofrecer un concepto de testimonio de parte epistémicamente neutral, dejé toda cuestión epistémica para después. Ha llegado el momento de tomar esta perspectiva. Fundamentalmente interesaría aquí abordar la compleja cuestión de cómo *saber* que un sujeto es un experto en una determinada materia.

Hay un elemento común en las dos condiciones anteriores: la experiencia. Podemos entenderla, según Quesada (1998: 161), como:

conocimiento que uno tiene de algo por haber tratado ese algo, o haberse visto envuelto en ello repetidamente. Este algo puede ser más o menos difuso (como lo es en expresiones como 'la experiencia de los años'), o más preciso ('se requiere experiencia en programación con Pascal'). En esos usos el término funciona como un término de masa, es decir, no se refiere a algo cuya referencia pueda dividirse claramente y pueda así constituir un dominio contable o numerable.

Dado el funcionamiento actual de nuestras sociedades, en la que se han desarrollado múltiples instituciones con el objetivo de evaluar la adquisición de *expertise*, encontramos diversos criterios externos que pueden servir como un buen *presupuesto* de que el sujeto seleccionado por las partes tiene la experiencia oportuna. Sólo por citar un ejemplo, Nieva (2009: 412) considera que los "criterios [básicos]... sencillos y aplicables con flexibilidad son: titulación académica, experiencia forense, habilidades y experiencia profesional."

Un individuo que de ninguna manera puede presuponerse como experto debe ser rechazado simple y llanamente por falta de *relevancia* jurídica.³⁶² Una analogía trazada por Roberts y Zuckerman (2004: 310) con la prueba testimonial puede servir para enfatizar el punto: sería como si se admitiese como testigo a quien afirmando haber visto cómo se cometía un delito se sabe es una persona ciega de nacimiento. Ahora bien, podría decirse que la falta de

³⁶² En opinión de Abel Lluch (2012: 681) "la cualificación profesional no es criterio para la admisibilidad de la demanda, sino para la valoración. Si en la pericial de parte el perito escogido no se encuentra en posesión del título oficial, cuando debiera estarlo, será circunstancia que afecte a la valoración, pero no impide la admisión del dictamen."

Uno de los mecanismos de control del perito de parte previstos por la legislación española es la tacha, entre cuyas causales se encuentra en el artículo 343.1.5º de la LEC "cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional". Según Abel Lluch (2012: 687) "la tacha no comporta la sustitución del perito, sino que actúa ... a modo de advertencia al juzgador sobre la ocurrencia de alguna circunstancia que, en abstracto, puede condicionar la fiabilidad del perito, sin impedir que éste rinda su dictamen y que el juez lo valore en la sentencia".

expertise es una cuestión distinta de la insuficiencia y de la falta de idoneidad de ésta para el caso concreto (Tapper, 2010: 544).

Dentro de las credenciales informales de un experto podría incluirse su experiencia como perito en procesos judiciales; quizá no a efectos de presuponer su *expertise*, sino para contar con mayor información sobre su actuación en contextos judiciales. Así pues, como parte del historial de un experto *qua* perito podría darse el caso de que el propio juzgador tenga información sobre un experto *qua* perito en otros casos resueltos por él mismo o incluso por su comunidad jurídica. ¿Podría el juez usar dicha información a efectos de la admisión? Más aún, si la información con la que cuenta el juez es desfavorable al perito ofrecido por las partes, ¿debería el juez abstenerse o podría ser por ello recusado?³⁶³, ¿entenderíamos que dicha circunstancia afectaría la imparcialidad del juez?

Las creencias justificadas de los jueces sobre, por ejemplo, la competencia de un perito pueden tener suma importancia; por ello creo que lo más aconsejable sería que los propios órganos jurisdiccionales se preocupasen por recopilar información sobre la actuación de los peritos de parte, sobre todo en aquellos casos en que ha resultado evidente su deficiente desempeño.³⁶⁴ Así las creencias o la experiencia del juez con un perito no sólo quedaría en el haber del juez sino que sería información pública al menos para sus colegas. No sólo se requiere información sobre las técnicas o métodos empleados en el proceso, también sobre sus actores.

³⁶³ Dwyer (2008: 178) considera que el hecho de que el juzgador tenga información sobre los sesgos de un experto a partir de su experiencia en una serie de casos diversos y no en relación con el caso en cuestión, irónicamente hace que el juez deba abstenerse de conocer del caso donde ese experto sea presentado como perito. La única excepción, según ella, sería que haya pruebas disponibles de un caso previo en que las pruebas presentadas por ese experto hayan sido rechazadas. Sobre la abstención y la recusación como garantías de la imparcialidad judicial, véase Picó i Junoy (1998).

³⁶⁴ Una propuesta similar es planteada por Posner (1999: 80) pero no dirigida a los tribunales sino a las asociaciones de profesionales para que éstas monitoreen a sus miembros que han servido de peritos, llevando un registro de las críticas a que han sido sujetos por parte de los abogados, del juez de la causa y de los peritos de la contraparte.

Para finalizar el análisis de la admisibilidad de las pruebas periciales de parte vale la pena concluir que, con independencia de los requisitos formales y temporales aplicables, el juzgador puede tomar en cuenta otros criterios jurídicos como la economía procesal; los límites de la función jurisdiccional, excluyendo pruebas que puedan entrar en conflicto con ella; la posibilidad de contar con información sobre la calidad de la prueba pericial a efectos de poder realizar adecuadamente el juicio sobre los hechos. Y a menos que se disponga de otra cosa a nivel legislativo, los jueces deben valorar la calidad de las pruebas periciales de parte en la etapa de valoración propiamente dicha y respetar la facultad de las partes de presentar como perito a aquel experto que satisfaga las condiciones mínimas exigibles para que una persona racional pueda suponer *a priori* su expertise para el caso en cuestión.³⁶⁵

3. La práctica de la prueba pericial de parte

Una vez analizados los diversos argumentos para decidir la admisión o exclusión de una prueba pericial de parte, corresponde ahora pasar a la siguiente etapa procesal, la audiencia probatoria.

En este punto, la primera cuestión fundamental que se presenta es si, desde el punto de vista cognoscitivo, es necesaria la participación del perito de parte en dicha audiencia probatoria. Adelanto ya que, en mi opinión, la regla general debería ser que el perito de parte sea llamado a la audiencia a efectos de *explicar* adecuadamente su dictamen resolviendo cualquier duda que pudiese haber al respecto. Subrayo explicar porque, entendida adecuadamente la

³⁶⁵ En el mismo sentido, Flores (2005: 186) al reconstruir el artículo 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española afirma que ésta “otorga plena libertad a las partes para la designación de los peritos, sin que la elección venga condicionada por el cumplimiento de especiales requisitos de nacionalidad, capacidad o cualificación objetiva, más allá de poseer y acreditar conocimientos correspondientes al objeto de la pericia”. Aunque luego considera, en mi opinión erróneamente, que si bien la cualificación del perito no es un presupuesto de su nombramiento, sí es un criterio de ponderación de su credibilidad y de la valoración de su dictamen. Como se verá en el apartado de valoración, las credenciales formales del perito podrían ser importantes para *comparar* dos o más pruebas periciales, pero por sí mismas nada dicen sobre la verdad o falsedad de las afirmaciones que un experto realiza sobre un caso concreto.

práctica de la prueba desde el punto de vista de lo que *hace* el perito, esta es la única opción. La mera ratificación del informe pericial o la simple repetición oral del mismo resultan absurdas, aunque sólo sea por razones de economía procesal.³⁶⁶

Como he venido diciendo en varias ocasiones, la prueba pericial *comienza* con el informe o dictamen pericial, pero no se agota únicamente en éste. Por supuesto, la presencia del perito en la audiencia debe servir para que las partes le cuestionen, mediante sus abogados o peritos propios, pero, además, permite un mejor acercamiento del juzgador a la información testimonial. Si nos preocupamos por su capacidad para valorar adecuadamente las pruebas ofrecidas como científicas o expertas, no podemos negar la oportunidad que representa un espacio donde el juzgador podría plantear las preguntas que considerase oportunas para eliminar o reducir sus dudas, comprobar que ha entendido el informe pericial, etc. Así pues, las actividades realizadas en esta etapa procesal podrían incidir en la calidad de la prueba pericial en comento (o, incluso, del conjunto de pruebas) y/o podrían también reducir la complejidad de la prueba pericial en cuestión (o del conjunto de pruebas) ayudando a la formación racional de creencias.

En definitiva, en sentido estricto, hablar de la práctica de la prueba pericial de parte presupone la presencia del perito respectivo en la audiencia correspondiente.³⁶⁷ De otro modo, no se entendería a qué actividad se puede

³⁶⁶ La Ley de Enjuiciamiento Civil española en su artículo 347 enlista algunas posibles actividades del perito en la práctica de la prueba que, en mi opinión, son la gran mayoría reconducibles a una explicación del informe pericial y el resto forman parte de ese grupo de conductas que creo absurdas.

En todo caso, el legislador español si bien no concibió un juzgador pasivo (mero espectador) en el principio de contradicción, tampoco hace referencia al menos explícitamente a un papel más activo del juzgador como el que aquí supongo, buscando desafiar las afirmaciones periciales. El legislador español más bien parece haberse quedado en una posición intermedia en la que faculta al juez para pedir aclaraciones sobre el testimonio experto.

³⁶⁷ En opinión de Ledesma (2006: 41):

... cuando la pericia verse sobre hechos no controvertidos (vgr. la valoración de daños en un juicio sobre circulación en el que sólo se discuta la responsabilidad pero no su extensión cuantitativa), un elemental principio de economía procesal debe permitir al juzgador desatender una posible petición de la parte de convocar a juicio al perito

hacer referencia al hablar de la *práctica* de éste elemento probatorio, considerando que todas las operaciones periciales han sido ya previamente realizadas sin controles procesales. Suponiendo que no se trata sólo de incorporar un documento al procedimiento, entenderé que la práctica de la prueba pericial de parte debería llevar al juez a la adquisición de información sobre el informe pericial admitido que le sirva para atribuirle el valor probatorio correspondiente. En este sentido, me interesa plantear la práctica de la prueba pericial de parte como una herramienta procesal que facilite su adecuada valoración.

Para ello, es indispensable acudir a uno de los principios que gobiernan la práctica de las pruebas: *el principio de contradicción*.³⁶⁸ En términos generales, éste es concebido como una garantía de las partes; por ejemplo, como herramienta mediante la cual éstas pueden controlar el uso de las pruebas por parte del juez.³⁶⁹ Ahora bien, para que el principio de contradicción pueda

(situación, por otra parte, poco probable) o, cuanto menos, sugerir a la parte la innecesidad de dicha presencia.

Esto, en mi opinión, presupone una concepción del principio de contradicción como mera herramienta de las partes y no del juez y, como se verá, esto merma las herramientas que tiene el juez para la búsqueda de la verdad.

El art. 347 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, por ejemplo, se refiere a la “posible actuación de los peritos en el juicio o en la vista”, afirmando posteriormente que “el tribunal sólo denegará las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o inútiles, o cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes.”

³⁶⁸ En España, por ejemplo, en algunas sentencias en materia penal el Tribunal Supremo parece darle más importancia al principio de inmediación cuando afirma que “la pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de inmediación personal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en el documental” (Sentencia 304/2010 de 29 de marzo de 2010) y “su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el Tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación” (Sentencia 383/2010 de mayo de 2010). Sin embargo, como se ha dicho desde el inicio de este trabajo, la percepción es necesaria para tener acceso al testimonio pero la justificación testimonial va mucho más allá de ésta.

Otro punto atinente a la inmediación es la revisión en segunda instancia cuando el informe pericial haya sido ampliado o aclarado en el acto procesal correspondiente pues, supuestamente, “esos aspectos quedan entonces afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación” (Richard, 2011: 506). En tales casos, por ejemplo, el Tribunal supremo español, en sentencia de 20 de julio de 2001, ha afirmado que “queda extramuros del control casacional la valoración de la prueba existente, la que en virtud de la inmediación que dispuso la sala sentenciadora ... a ella le pertenece”.

³⁶⁹ En el mismo sentido, Tonini (2003: 1459) se refiere a que “las partes puedan controlar el procedimiento cognitivo y decisorio del juzgador”.

desplegar sus funciones epistémicas es necesario un escenario en el que realmente se practique la contradicción entre las partes y éstas (quizá a través de sus expertos) discutan seriamente el contenido y la calidad de las pruebas, donde cada una sirva para revisar las pruebas de la contraparte. En este sentido, Taruffo (1992: 434-435), afirma:

... [I]dealmente las partes deberían poder influir sobre la decisión, en la medida en que someten al juez hipótesis racionales, aunque obviamente distintas, de valoración de pruebas.

Está claro, no obstante, que esto no sucede y que se abren espacios indefinidos de discrecionalidad incontrolada, siempre que la contradicción entre las partes se transforma en una lucha sin exclusión de golpes o en un ejercicio de retórica dirigido a influir en el juez más que a someterle a argumentos racionales.

En ciertos aspectos, el juez necesita la racionalidad de las partes para ser, a su vez, racional en la valoración de las pruebas: si las partes no utilizan correctamente las posibilidades que ofrece el principio de contradicción, la garantía se reduce a una mera ocasión de litigio y el juez tiene menos razones para ser, en solitario, racional.

Pero una concepción del principio de contradicción como herramienta de control de las partes, en definitiva, debe *completarse* con la faceta como herramienta cognoscitiva del juzgador de ese mismo principio.³⁷⁰ Y, como veremos, en la práctica de la prueba pericial de parte, aunque no sólo en ésta, este doble aspecto es fundamental,³⁷¹ pues es en esta etapa donde el juez

³⁷⁰ Entre muchos otros, Haack (2009a: 368 ss) crítica el modo adversarial del sistema estadounidense, la utopía de que la *cross examination* sirva como método de averiguación de la verdad. En ese modo adversarial está presupuesto un juzgador de los hechos pasivo, un mero espectador del debate entre las partes o, cuando se trata de un juez profesional, al menos, como una especie de referee. Aquí, por el contrario, pretendo sostener que el papel del juzgador, al menos en lo referente a la prueba pericial, debe ser activo y no limitarse únicamente a las preguntas presentadas por las partes, sino que él mismo debería cuestionar para allegarse la mejor información y comprensión de ésta.

³⁷¹ Sobre este doble aspecto en materia civil Taruffo (1992 y 2009) y Gamba (2013); en materia penal Ubertis (2002 y 2005); y, en general, Ferrer (2007) y Tuzet (2013). Ferrer (2007: 87) explícitamente sostiene que “la práctica de la prueba en cumplimiento del principio de contradicción es (también) una garantía epistemológica para la determinación de la verdad de

tendría la posibilidad no sólo de disipar sus dudas sobre la información experta presentada por las partes sino de desafiar las afirmaciones del perito. Así pues, podría admitirse que, aun cuando los dos aspectos son fundamentales tanto en la prueba pericial de confianza del juez como en la prueba pericial de parte, en las primeras la necesidad de que las partes tengan una actitud activa en el contradictorio se enfatiza a fin de garantizar su derecho a la prueba; mientras que cuando se trata de periciales de parte, el énfasis se sitúa en la necesidad de una actitud activa del juez (y de la parte contraria). En tal contexto, dado que en el capítulo siguiente se abordara el principio del contradictorio como herramienta de las partes y presuponiendo que lo dicho ahí es también de aplicación aquí, ahora me concentraré en la actuación del juzgador, y no de las partes, en esta etapa procesal.

Como bien afirma Hernández García (2005: 80):

[a]nte la prueba pericial científica el juez no puede mostrarse pasivo, cuando, por ejemplo, no alcanza a entender las conclusiones o bases metodológicas de las mismas... [E]n estos casos, la intervención aclaratoria del juez deviene obligada. El juez no puede permitir que la ciencia transite sin control cognitivo alguno por el proceso... La indagación formativa del tribunal, sobre todo en relación a la prueba científica, siempre que no comprometa las cargas de aportación probatoria que incumbe a las acusaciones, constituye una exigencia del modelo de adquisición que deja incólume el principio-deber de imparcialidad.

los enunciados fácticos a probar” y esto lo hace, según él, en contraposición a “[l]a doctrina que ha puesto el acento de forma ampliamente mayoritaria en el principio de contradicción como garantía procesal de derecho de defensa”. Sin embargo, cuando plantea los tipos de control probatorio que podrían hacerse mediante el principio de contradicción, parece estar pensando únicamente en éste como garantía de defensa de las partes, pues alude únicamente al control sobre las reglas probatorias aplicadas en la admisión, a la práctica de la prueba de forma contradictoria, a la posibilidad de proponer pruebas contrarias a las ofrecidas por la otra parte y a la posibilidad de proponer pruebas que impugnen la fiabilidad de pruebas ofrecidas por la contraparte. Nada dice, pues, sobre cómo es que el contradictorio podría asumirse como garantía epistemológica desde el punto de vista del juzgador.

Quizá sólo habría que agregar que la imparcialidad se mantiene incólume siempre y cuando el juzgador tenga en circunstancias similares una actividad semejante con el perito de ambas partes.

Entendido así el contradictorio, es aquí donde cobran suma importancia los posibles conocimientos expertos *del* juez, y no en la determinación de si una prueba pericial de parte es admisible o no. Pues un juez que cuenta con formación especializada útil, en la discusión sobre la calidad de una prueba pericial de parte, por supuesto, podrá realizar preguntas más atinadas que le lleven a recabar información adecuada para una mejor comprensión del contenido testimonial que a su vez facilite una correcta atribución de valor probatorio a la prueba pericial de parte.³⁷²

3.1. El principio de contradicción como herramienta cognoscitiva del juez

En la práctica de la prueba pericial de parte bajo el principio de contradicción, obviamente, el juez puede adquirir información mediante el debate que sostienen las partes aun cuando en éste asuma cierta actitud pasiva. En cambio, la reconstrucción del principio de contradicción como herramienta cognoscitiva del juez supone atribuirle una actitud activa en dicho debate que debería favorecer la búsqueda de la verdad³⁷³ y, desde luego, la adquisición de razones que le lleven a una justificación testimonial de la información así adquirida. Esa actitud activa puede ser descrita, al menos por lo que hace a la prueba pericial, como la necesaria actividad dialéctica que debe tener el juez con el perito de parte para comprender el razonamiento experto que pretende resolver un problema fáctico (i.e. una cuestión probatoria) concreto en un caso

³⁷² Como se verá en el siguiente capítulo, el conocimiento especializado que pueda tener el juez también puede servir para una mejor elección del perito de su confianza.

³⁷³ Aunque este planteamiento es mucho más común en la jurisdicción penal, no veo impedimento alguno para plantearlo también en materia civil bajo el supuesto de que en ambas jurisdicciones estamos interesados en la formación de creencias justificadas del juzgador que haga racionales sus decisiones sobre los diversos elementos de prueba en juego.

específico.³⁷⁴ No estoy hablando, al menos directamente, de un análisis sobre la verdad del contenido testimonial, sino de un paso previo a ello, su comprensión interna.

Es importante notar que el principio de contradicción se manifiesta de dos maneras distintas: la práctica contradictoria de una prueba y la contradicción de una prueba con otras.³⁷⁵ Pues bien, ambas tienen cabida en el caso del principio de contradicción como herramienta cognoscitiva del juzgador hacia la prueba pericial de parte. La contradicción que de una prueba con otras puede hacer el juzgador podría hacerse a partir de otros tipos de pruebas que están siendo practicadas y también por el resto de pruebas periciales como la de la contraparte o incluso la del propio perito del juez. Pero también la contradicción de esa prueba podría desembocar en el llamamiento de un perito de confianza del juez, incluso mediante las diligencias para mejor proveer (en la medida que el sistema procesal lo permita), a efectos de que ofrezca elementos de contradicción que permitan al juez valorar racionalmente la información aportada por el perito de parte. Una cuestión sumamente relevante y cuyos problemas serán abordados en el capítulo siguiente, al que remito al lector.

En cambio, me interesa aquí analizar algunas cuestiones sobre la práctica contradictoria de la prueba, concretamente respecto al principio de contradicción como herramienta cognoscitiva del juzgador *sobre* el dictamen pericial aportado por una de las partes. Me ciño, entonces, a la posibilidad de que jueces y tribunales formulen preguntas a los peritos de parte requiriendo de ellos explicaciones sobre el contenido testimonial e incluso desafiando la

³⁷⁴ Gamba (2010: 44), por ejemplo, alude a “un modelo de razonamiento” y, por ello, pretende dar cuenta del contradictorio como método cognoscitivo como un razonamiento de tipo abductivo.

Tonini (2000), por su parte, habla de “método de comprobación” (*metodo di accertamento*).

³⁷⁵ Ferrua (1997: 40) distingue entre el contradictorio sobre las pruebas admitidas (*contraddittorio sulla prova*) y contradictorio para la formación de las pruebas (*contraddittorio per la prova*), también denominados como débil y fuerte.

información ahí presentada.³⁷⁶ Bajo estas consideraciones, en adelante me referiré al contradictorio *sobre* el dictamen aportado.

Se ha dicho ya que, a efectos de la justificación testimonial, el juzgador debe comprender el contenido del testimonio, lo que incluye la comprensión del contenido significativo de los enunciados formulados por el testimonio y de los fundamentos en los que el informante se basa para sostenerlos, de modo que el contradictorio sobre el dictamen debe servir a estos efectos. Pues bien, haciendo abstracción de la forma en que el perito de parte presente su dictamen,³⁷⁷ creo que una buena manera en la que el juzgador puede identificar qué preguntas son relevantes para una comprensión del testimonio (que vaya más allá de la meramente lingüística) es reconstruir lógicamente el razonamiento interno del perito. Tanto el fundamento *inductivo* de las premisas en las que funda su conclusión como el paso *deductivo* de las premisas a la conclusión.³⁷⁸ Esta reconstrucción puede ser útil incluso para una adecuada motivación de la decisión que se tome sobre el valor probatorio de la prueba pericial en comento, aunque por ahora nada adicional diré al respecto.

³⁷⁶ Conviene no olvidar que, de forma genérica, desafiar una prueba, sometiéndola a contraste con otras, inquiriendo sobre su fundamento, etc., es un buen método para evaluar su fortaleza.

³⁷⁷ Dado que no suele haber un formato concreto que le sea exigible. Ya desde el primer capítulo se ha dicho que dada la complejidad de las pruebas periciales el ideal es que sean presentadas de forma escrita, con independencia de su exposición oral en audiencia, dando al destinatario más posibilidades para comprender adecuadamente lo que se está diciendo.

En cuanto al contenido, deberían preferirse, obviamente, informes presentados de forma “educativa” o con el objetivo de educar, en lugar de aquellos que simplemente invitan a la deferencia (Nance, 2004: 240).

En los últimos años se ha discutido los beneficios que tendría establecer algunos estándares formales para reportar los resultados de las pruebas periciales buscando términos que eviten una inadecuada valoración por parte del juzgador de los hechos. Sobre este tema, en especial referencia a las ciencias forenses, véase National Academy of Science (2009: 185).

³⁷⁸ Imwinkelried (1988) hace una propuesta similar, proponiendo una estructura analítica en la que se distingue una premisa mayor y una premisa menor con el objetivo de analizar y aplicar correctamente la regulación sobre prueba pericial en los Estados Unidos. Su análisis, en mi opinión, tiene al menos dos problemas: el primero que defiende que el juzgador de los hechos debe adoptar una actitud deferencialista respecto al contenido de la premisa mayor y, segundo, que, en su opinión, el experto no debería formular ni la premisa menor ni conclusión alguna, pues éstas le corresponderían exclusivamente al juzgador de los hechos. Esta última cuestión es, en mi opinión, algo ingenua dado que aun cuando explícitamente el perito no formule una conclusión, las implicaciones de sus afirmaciones pueden fácilmente derivar en ello. Más problemática es la primera porque pacería suponer un acuerdo de los expertos sobre el contenido de dicha premisa, lo que más bien parece uno de los problemas a enfrentar en las pruebas periciales de parte pues a menudo suele haber desacuerdos al respecto.

Para una crítica muy interesante sobre este trabajo, véase Allen y Miller (1993: 1135-1140).

Para ese objetivo el juzgador puede trazar una analogía con el propio razonamiento judicial. Es decir, puede reconstruir el razonamiento pericial de forma análoga al silogismo judicial, donde la premisa mayor sería la generalización de la experiencia, la premisa menor estaría constituida por la información relativa a los hechos del caso concreto que el experto está usando y, por supuesto, la conclusión se obtendría de una inferencia que va de las premisas a la conclusión.³⁷⁹ Ahora bien, la analogía con el razonamiento judicial debe servir al juzgador para saber que en el razonamiento experto se presentan muchos de los problemas de interpretación y calificación que él mismo afronta a la hora de establecer la premisa mayor que correspondería al derecho aplicable, así como todos los problemas de inducción para declarar probado que P en la premisa menor. El juzgador debe ser consiente, entonces, que el razonamiento experto *no* es en sí mismo un razonamiento meramente deductivo,³⁸⁰ como tampoco lo es el razonamiento judicial.

Prácticamente toda prueba pericial estará integrada en un cuerpo de conocimientos mucho más extenso, por lo que su calidad dependerá en parte de otras cadenas inferenciales, otras metodologías, etc. Sin embargo, es dudoso que un testimonio experto dependa de *todas* las proposiciones, métodos, etc., asociados a ese cuerpo de conocimientos más extenso (Allen, 2004:10).³⁸¹ Es necesario, entonces, centrarse en las premisas que constituyen

³⁷⁹ Es claro que la reconstrucción de las premisas amerita mucho más detalle y discusión, y en ocasiones no resulta fácil establecer cuál sería la premisa mayor y la premisa menor en el razonamiento.

³⁸⁰ Comete este error, por ejemplo, Abel Lluch (2012: 655) cuando afirma que “[e]l perito ... emite, tras un proceso de análisis y deducción una declaración técnica con la finalidad de auxiliar al juez”; o Pérez Gil (2010: 49) cuando alude a “la aplicación de tales principios de la experiencia a hechos ya verificados en el proceso extrayendo las oportunas deducciones, causas y efectos.”

De hecho, en la literatura procesal española se suele distinguir entre el perito *percipiendi* y el perito *deducendi* (Font Serra, 1974, 111). Éste último se correspondería con el perito que lleva a cabo lo que Mnookin y Gross llaman valoraciones pues el perito hace una aplicación de su *expertise* a los hechos del caso. Sin embargo, en mi opinión, el nombre “*deducendi*” se presta a confundir que el razonamiento que hace el perito es, de hecho, de tipo deductivo.

³⁸¹ Incluso por ello, más allá de las discusiones teóricas que esto suscita y que al menos algunas de ellas han sido desarrolladas en el segundo capítulo de este trabajo, cuestiones sobre la científicidad o aspectos sumamente generales no son demasiado útiles para evaluar la calidad del testimonio.

el razonamiento experto del perito de parte en el caso concreto, i.e., aquella información que le da fundamento. Determinar qué información dentro de ese cuerpo de conocimiento está de hecho fundando el testimonio o resulta relevante a esos efectos, tampoco es una cuestión fácil dado que puede ir cambiando conforme avanza la práctica de la prueba. Así, el perito de la contraparte, el perito de confianza del juez y, por qué no, el propio juez, pueden cuestionar fundamentos que inicialmente no se consideraron controvertidos o ni siquiera fueron explícitos en el razonamiento pericial (sino más bien entimemáticos).

Todo lo anterior no supone que el juzgador tenga los conocimientos necesarios para cuestionar sustantivamente la cadena de inferencias que un perito puede hacer, sino que depende del conocimiento que tenga el juzgador sobre la *totalidad* de los aspectos fácticos que pudieran ser relevantes para los hechos del caso en cuestión. Donde los aspectos fácticos relevantes no sólo involucran las pruebas disponibles en el expediente, periciales y de otro tipo, sino todo su conocimiento general, experto y no-experto;³⁸² i.e. su *background*. Y es que es precisamente ese conocimiento el que debe fundar toda la actividad del juzgador en la práctica del principio de contradicción como herramienta cognoscitiva solicitando explicaciones sobre el informe, generando preguntas sobre cualquier aspecto de éste, desafiando las afirmaciones testimoniales e incluso solicitando más información experta a efectos de una adecuada comprensión de lo que se está diciendo y de los fundamentos de lo que se está sosteniendo en el informe pericial.³⁸³

³⁸² Al respecto, algunas decisiones jurisprudenciales y parte de la doctrina hacen referencia a que “el juez debe valorar los dictámenes tomando en cuenta sus propias máximas de experiencia” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, secc. 3ª de 20 de diciembre de 2005). Entre ellas: la lógica interna del informe, su ajuste a la realidad del pleito, la titulación del perito con relación a lo que constituye el objeto de la pericia, el detalle y exhaustividad del informe, etc. En mi opinión, bien entendidas estas cuestiones no son criterios de valoración en sí mismos sino fuentes de información de las que se pueden obtener razones positivas para la justificación testimonial.

³⁸³ Pérez Gil (2010: 123) considera que “... se habrá de dar respuesta a la necesidad de abrir paso a medidas que admitan complementar la aportación científica en momentos procesales distintos a los iniciales.” Aunque, afirmado esto, nada más dice al respecto. En mi opinión, es indispensable concebir esta posibilidad den la práctica en contradictorio de la prueba pericial de parte.

No debemos olvidar que a diferencia del jurado estadounidense, que nunca lo es, nuestros juzgadores profesionales son *repeat players* en los procesos y como tales van adquiriendo un cúmulo de conocimientos o *background* sobre los más diversos tipos de pruebas periciales con los que día a día se enfrentan. Así, por ejemplo, supongamos que un juzgador a partir de otros procesos judiciales sabe que para diagnosticar cierto tipo de enfermedad, un médico generalmente efectúa los análisis A, B y C; que el perito de la parte en un caso concreto dice haber hecho sólo B y C. En ese caso, por supuesto, el juez deberá cuestionar por qué el perito ha dejado de realizar A.

Pues bien, uno de los elementos de la justificación testimonial, como hemos visto en varias ocasiones, son las razones que posee la audiencia que hagan que al menos sea razonable aceptar el contenido de un testimonio. Las razones que posee la audiencia no determinan por completo la justificación de la creencia testimonial en juego. Entre otros elementos de ésta, es fundamental la fiabilidad del hablante, lo que pone sobre la mesa su relevancia epistémica para la justificación testimonial. Dicha fiabilidad del hablante, en este caso, del perito de parte será abordada en el tema de la valoración de la prueba pericial; por ahora vale la pena detenernos en la exigencia epistémica del juez *qua* audiencia, es decir, en sus razones: concretamente en la adquisición de razones positivas a partir de su actividad dialéctica con el perito de parte que hagan que al menos sea razonable aceptar el testimonio experto en cuestión.

3.2. La razonabilidad del juez y las explicaciones del perito de parte en el principio de contradicción

En la etapa procesal de práctica de la prueba el juzgador deberá obtener razones positivas sobre lo dicho por el experto. En este sentido, las preguntas que se habrían de formular, la forma en que se deben formular y, quizá la cuestión más básica, las inferencias que podrían obtenerse de las respuestas y la falta respuestas a éstas, son cuestiones de suma importancia pero que

rebasan por mucho los límites de este trabajo. Un análisis así podrá desarrollarse de forma más fructífera si se hace atendiendo a los distintos tipos de pruebas periciales.³⁸⁴ En este sentido, no pretendo listar un cumulo más o menos extenso de posibles preguntas que pudiese realizar el juzgador de los hechos al perito de parte en el ejercicio del principio de contradicción como herramienta cognoscitiva,³⁸⁵ sino abordar tres cuestiones en atención a esta concepción del principio de contradicción que son una *fente de razones positivas* con importancia epistémica para la justificación testimonial el juez. Como se ha visto en el primer apartado de este capítulo, podría haber un sinnúmero de razones positivas de la audiencia, pero quizás se puedan destacar tres fuentes fundamentales: el tipo de informe, los rasgos contextuales y los hablantes (Lackey, 2008: 181 ss). Por ello, en adelante hablaré sobre las explicaciones de los informes y los desacuerdos entre expertos en alusión a esas fuentes de razones positivas para el juzgador como audiencia.

Con independencia del tipo de informe de que se trate, el perito debe ofrecer al juez una afirmación junto con todas las propiedades epistémicas que dicha afirmación posee, de modo que la audiencia pueda entender y aceptar la afirmación en cuestión. Es decir, el perito en el informe debe explicar la cuestión para la cual fue presentado por la parte que le ha encargado el peritaje, dado que las explicaciones dadas son relativas a ciertas instrucciones y son determinadas en última instancia por los individuos que las plantean (van Fraassen, 1980; Achinstein, 1983); en este sentido, podría decirse que las explicaciones del perito de parte son determinadas por la cuestión o pregunta o

³⁸⁴ Me refiero a estudios, por ejemplo, sobre la prueba pericial de ADN, la prueba caligráfica, etc. Una interesante compilación sobre tipos de pruebas periciales y problemas diversos en torno a nuestro conocimiento sobre su funcionamiento puede verse en National Academy of Science (2009); Pegliasco y Saccomanno (2010); y, Conti (2011).

³⁸⁵ Esta es la estrategia seguida, por ejemplo, por la legislación penal colombiana en el marco del interrogatorio cruzado, cuando en el artículo 417 de la Ley 906 de Colombia enlista un cumulo de preguntas bajo el título "instrucciones para interrogar al perito". También sigue esta estrategia Walton (1997: 223ss) mediante lo que llama "*critical questions*"; sin embargo, en mi opinión, la mayoría de las preguntas que el enlista son de aplicación al perito de confianza del juez y no al perito de las partes al menos como han sido concebidos aquí.

instrucción que le interesa defender en la causa a la parte que lo presentó. Entiéndase bien, lo que estoy afirmando es que aquello que será explicado por el perito de parte depende de lo que la parte haya pedido que sea explicado, en principio, en el informe pericial correspondiente.

Pero dicho acto puede resultar insuficiente para lograr la comprensión del juez o para su adecuada valoración y, entonces, adquiere importancia que el perito se presente a la práctica de la prueba para ampliar su explicación inicial. La presentación en audiencia del dictamen mediante el principio del contradictorio, como herramienta cognoscitiva del juez, puede ser entendido como una ampliación del dictamen. Ahora bien, esa ampliación puede concebirse en sentido amplio o en sentido estricto. En sentido amplio, cualquier acto explicativo que realice el perito a petición del juez durante la práctica amplían la información contenida en el informe pericial,³⁸⁶ en sentido estricto, una ampliación del dictamen supondría la realización previa de más operaciones periciales. Respecto la primera, el perito puede estar explicando mientras realiza actos ilocucionarios tales como ofrecer antecedentes informativos y corregir supuestos, clarificar, defender o apoyar de otra manera (Achinstein, 1983: 31).

Especial atención merece el caso de la ampliación en sentido estricto, dado que considero termina pervirtiendo la institución del perito de parte convirtiéndola en una extraña mezcla entre el perito de parte y el perito de confianza del juez, dado que no es un experto seleccionado por el juez pero en cambio parecería que ha de satisfacer las necesidades epistémicas que éste considera.³⁸⁷ Hay dos cuestiones a tomar en cuenta, además, desde el punto

³⁸⁶ Parece suponer esto Taruffo (2009: 178), cuando aludiendo a la prueba testimonial (no a la prueba pericial), afirma que “[e]l juez puede ampliar en cierta medida el objeto del interrogatorio, pero este poder no es ilimitado y habitualmente se refiere sólo a la posibilidad de requerir aclaraciones respecto de los hechos sobre los que el testigo ha declarado.”

³⁸⁷ Abel Lluch (2012: 715) parece opinar lo contrario cuando afirma que “[r]esulta censurable que se permita la ampliación del dictamen a puntos conexos a instancia de cualquiera de las partes (artículo 347.1.4º LEC) y, por el contrario se prohíba –salvo en los procesos no dispositivos– la ampliación del dictamen por el juez de oficio, pues siendo el juez el destinatario de la prueba pudiera estar interesado en su ampliación para mejor formar su convicción judicial”. En esa misma línea Aragón (2006: 438) afirma que “no existe razón para que el juez

de vista de la parte que lo ha contratado. Por un lado, la ampliación del dictamen podría implicar hechos que quizá no sean de interés de la parte incorporar al proceso; y, por otro, pragmáticamente, podría haber incluso problemas de tipo económico si estamos en un sistema en el que las partes cubren los gastos del perito contratado.

Por otra parte, practicar la prueba en adecuado cumplimiento del principio de contradicción puede evidenciar la existencia de desacuerdos entre expertos, ya en el debate del dictamen de alguno de ellos en sede de la audiencia, ya sea a través de dictámenes en conflicto formulados por los peritos de las partes o por alguno o algunos de ellos y el perito de confianza del juez. Los desacuerdos entre expertos constituyen, sin lugar a dudas, uno de los mayores problemas en la valoración de la prueba pericial. Si retomamos nuevamente el silogismo experto que se planteó en el punto anterior, podemos identificar, siguiendo a Dwyer (2008: 136 ss), al menos tres tipos de desacuerdos entre los peritos:

- i. acerca de qué hechos son relevantes para responder la cuestión (*base facts*),
- ii. acerca de qué conjunto de generalizaciones teóricas o metodológicas deberían ser aplicadas a los hechos identificados como relevantes, y
- iii. acerca de qué consecuencias se infieren de la aplicación de las citadas generalizaciones a los hechos relevantes.³⁸⁸

El tema de los desacuerdos entre expertos amerita en sí mismo un amplio trabajo de investigación que rebasa los objetivos de este estudio; sin embargo,

quede privado de la posibilidad de ampliar el dictamen cuando ello pueda ser necesario para la comprensión del mismo y siempre, claro está, que el juez no supla con ello la inactividad de las partes”.

³⁸⁸ I.e. la solidez de las conclusiones del dictamen. Abel Lluch (2012: 737) hace referencia al “grado de convicción del perito”, pero, como veremos, no resulta adecuado una alusión a esa subjetividad de un experto sino que habría que considerar los criterios de racionalidad que como experto adopta en función de la comunidad de expertos a la que pertenece.

Cuán bien alguien ha evaluado las pruebas que tiene respecto a una cuestión es ciertamente el tipo de consideración relevante para decidir si su juicio es adecuado para la cuestión en juego (Kelly, 2005: 179).

creo que en este punto puede ser de utilidad un concepto común en la bibliografía especializada en ese tema a efectos de mejorar la comprensión sobre posibles desacuerdos en los informes periciales de parte. Me refiero al concepto de “par epistémico” o “par intelectual” (*epistemic peer*).³⁸⁹ Y es que una de las cuestiones que puede ayudar al juzgador al planteamiento de preguntas o la búsqueda de las razones positivas que requeriría la justificación testimonial de la información obtenida mediante el perito de parte sería considerar si los peritos que desacuerdan son pares intelectuales.

Una buena práctica de la prueba pericial iniciaría con una valoración del juez sobre si los peritos son o no pares epistémicos. Si no lo son, el juez deberá tomar el informe pericial del mejor perito como parámetro para la práctica de los demás informes periciales, sin descuidar que también el informe pericial de éste debe ser analizado. En caso de que sí sean pares epistémicos, entonces, la mejor solución sería acudir al careo entre peritos, que se analizará en el capítulo siguiente, a efectos de que intenten dirimir posibles desacuerdos.³⁹⁰ Ahora bien, un punto sumamente trascendental aquí es que no bastaría con que el juez decida sobre la paridad epistémica entre los peritos sino que, además, los propios peritos razonablemente se reconozcan como pares. Si el juez considera que son pares epistémicos pero ellos mismos fundadamente no se reconocen como tales, entonces, nuevamente el careo entre ellos sería quizá la mejor opción.

Antes de seguir, es indispensable ahora considerar qué estoy entendiendo por “par epistémico. Siguiendo a Kelly (2005: 175), podríamos decir que:

³⁸⁹ Mi interés en traer la noción de par epistémico ahora no es para hacer anotación normativa alguna sobre los desacuerdos para aquellos que desacuerdan, como es uno de los objetivos de al menos parte de la literatura especializada en el tema. El sujeto que me interesa es el tercero que tiene que lidiar con éstos, i.e., el juzgador y no los peritos.

³⁹⁰ La mera ausencia de desacuerdos entre los diversos expertos que participan en un proceso judicial podría, desde luego, no tener importancia epistémica alguna. Y, por el contrario, algunos desacuerdos podrían servir para llamar la atención de los expertos participantes sobre pruebas o argumentos que no habían considerado. En cualquier caso el juez deberá tener razones positivas para justificar la creencia testimonial correspondiente.

Dos individuos son pares epistémicos respecto a una misma cuestión si y sólo si satisfacen las siguientes dos condiciones:

- a. tienen una familiaridad semejante con las pruebas y los argumentos relevantes para el problema planteado
- y
- b. tienen virtudes epistémicas semejantes, tales como inteligencia, son cuidadosos y no tienen sesgos.

La primera condición de la definición de Kelly hace referencia a si han tenido en consideración el mismo conjunto de pruebas relevantes o, por el contrario, el conjunto considerado por uno de ellos es más amplio o reducido que el del otro; y, según entiendo, también aludiría a la *expertise*, que implicaría no sólo la formación de cada uno sino también su experiencia, habilidades, etc. Y es precisamente aquí donde *podrían* cobrar relevancia las credenciales que cada parte haya presentado sobre su perito; y enfatizo *podrían* porque creo que sólo en algunos casos serían de ayuda al juzgador: en aquellos casos en que las credenciales de los diversos peritos sean *significativamente* diferentes y/o el juzgador tenga mayor información sobre, por ejemplo, la calidad de la institución que ha otorgado un título, etc.

También son relevantes aquí aspectos como los que plantea Abel Lluch (2012: 733), dentro de lo que él considera “el método empleado por el perito”. Por ejemplo, sostiene Abel Lluch, citando algunas sentencias de Audiencias Provinciales españolas, que “parece razonable otorgar prevalencia al dictamen del perito que ha inspeccionado el vehículo y los daños reclamados frente al que no lo ha hecho” o “al dictamen del perito que ha examinado la mercancía defectuosa frente al que ha prescindido de dicho examen” o “al dictamen del perito que ha inspeccionado los cables de telefónica dañados y ha comprobado las reparaciones ejecutadas frente aquel que emite su informe sobre la base de los datos suministrados en el dictamen de la actora”, o que “es racional dar mayor valor a un informe psiquiátrico basado en la valoración clínica de un paciente ingresado en un centro durante meses, que quien lo elabora basado

en una entrevista de poco o escaso tiempo” etc. Sin embargo, a diferencia de Abel Lluch, en mi opinión, en cambio, la prevalencia señalada no debería llevar por sí misma necesariamente a otorgarle mayor valor probatorio a uno de los dictámenes, sino que habría que reconducirla a la mencionada familiaridad con las pruebas: en esos casos, los peritos no serían pares epistémicos (en función de la primera condición planteada por Kelly). Es decir, la diferencia entre las pruebas tomadas en consideración por los peritos debería servir al juez como parámetro para preguntar al resto de peritos por qué sus informes carecen de tal o cual dato, por qué una técnica y no otra, etc. Desde luego, la propuesta va más allá de pedir al juez que simplemente identifique que haya o no una paridad epistémica entre los peritos, sino que debe pedir razones que expliquen la relevancia epistémica que pudiera tener su no-paridad en el caso concreto.

A todo esto subyace una visión pragmática que posiblemente ayudaría a disminuir la complejidad, sin presuponer nada acerca de la verdad del contenido testimonial: aceptar *las mejores* pruebas periciales entre aquellas que han sido admitidas. En mi opinión, un análisis de la información experta que presentan los peritos en la línea de lo que aquí se ha defendido sería mucho mejor que una especie de soliloquio judicial, en donde el juez en los confines de su despacho, en el mejor de los casos, intente comprender a detalle las explicaciones que pretende dar un perito de parte. Pudiendo, entonces, tener razones positivas para aceptar el contenido de las pruebas periciales admitidas.

Y, llegados a este punto, vale la pena recordar que, además de las razones positivas, el juzgador no deberá tener derrotantes de la justificación testimonial. Entre los cuales podrían mencionarse el hecho de que no responda a cuestiones que pudieran considerarse fundamentales, su falta de claridad y, por supuesto, las contradicciones constituirían derrotantes normativos. Pero, cuán claro sea un peritaje y si responde o no a todas las cuestiones

fundamentales podría depender no sólo de las capacidades del perito sino del mismo juzgador y sus capacidades.³⁹¹

Como hemos visto en este apartado del capítulo, la comparecencia de los peritos es independiente de la forma en que son seleccionados y designados, está relacionada con la mayor comprensión y claridad del dictamen. La oportunidad del interrogatorio cruzado y del principio de contradicción como herramienta cognoscitiva es esencial para salvaguardar la corrección y la completitud. Una adecuada práctica de la prueba pericial de parte es, sin duda, esencial de un derecho al mencionado debido proceso *intelectual*.

4. La valoración de la prueba y la justificación testimonial

Como hemos visto en el capítulo anterior, en la etapa de valoración probatoria entran en juego reglas jurídicas de suma importancia como la carga de la prueba y el estándar de prueba. De poco serviría invertir tantos esfuerzos en el análisis sobre la calidad de los diversos elementos de prueba y su adecuada práctica si, al final del proceso, dejamos a la absoluta subjetividad del juzgador resolver si está o no convencido o persuadido sobre la responsabilidad del demandado o la culpabilidad del acusado. Por ello, se debe enfatizar la necesidad de contar con estándares de prueba que tengan fundamento en la calidad de las pruebas presentadas (estándares objetivos) y no en los estados mentales del juzgador (estándares subjetivos).³⁹²

En ese contexto de toma de decisión, entonces, resolver que está probado que P, suponiendo que hay pruebas periciales admitidas y practicadas, podría darse en alguna de las tres situaciones siguientes (Pardo, 2010: 380):

³⁹¹ Aragó (2006: 432), por ejemplo, afirma que:

... el tribunal puede, si entiende que la presencia del perito es impertinente o inútil, denegar la solicitud de intervención propuesta por la parte, lo que no implica en ningún caso que el dictamen en sí mismo, sea impertinente o inútil, sino antes lo contrario, significa que ya es lo suficientemente claro motivo por el cual no requiere la intervención del perito que lo ha elaborado.

³⁹² Al respecto, véase el capítulo 1 de este trabajo.

- a. Si, sobre la base del resto de pruebas no-periciales se cumple el estándar de prueba correspondiente, con independencia de la prueba pericial.
- b. Si, sobre la base de las pruebas periciales *más* el resto de pruebas se cumple el estándar de prueba correspondiente.
- c. Si, sobre la base de las pruebas periciales presentadas se cumple el estándar de prueba correspondiente, con independencia del resto de pruebas que pudieran estar disponibles.³⁹³

Como estrategia metodológica para explicar adecuadamente la justificación testimonial de la prueba pericial de parte supongamos que estamos en un contexto donde *c* es el caso, es decir, supongamos que sólo tenemos pruebas periciales para satisfacer el estándar de prueba correspondiente y, es más, que sólo disponemos de pruebas periciales de parte. Así, al menos por ahora, puede evitarse la discusión sobre el atomismo vs. holismo en la valoración de las pruebas.³⁹⁴

Para la toma de decisión debe realizarse, entonces, una valoración de las pruebas practicadas y aquí el panorama conceptual se empieza a complicar porque no sólo tenemos en juego el estándar de prueba correspondiente sino también el peso probatorio³⁹⁵ y, al menos en el caso de las pruebas periciales de parte, la fiabilidad. Pensemos en el siguiente esquema:

³⁹³ Taruffo (1992:260), “en el caso de la *prueba única y directa*, la prueba versa directamente sobre la hipótesis y el grado de confirmación de la hipótesis coincide con el grado de aceptabilidad de la prueba, es decir, el grado de confirmación de la proposición que enuncia el elemento de prueba”.

Una situación distinta se produce cuando se dispone de una única prueba respecto de la hipótesis sobre el hecho, pero ésta es una prueba indirecta. El grado de apoyo que la hipótesis sobre el hecho puede recibir de esa prueba depende, entonces, de dos tipos de factores: el grado de aceptabilidad que la prueba confiere a la afirmación de la existencia del hecho secundario y el grado de aceptabilidad de la inferencia que se funda en la premisa constituida por aquella afirmación (lo que depende de la regla de inferencia adoptada). Así pues, el grado de aceptabilidad de la prueba no equivale al grado de confirmación de aquella hipótesis, ni a la inversa.

³⁹⁴ Sobre el holismo y el atomismo en la valoración de las pruebas véase, entre otros Damaška (1990); y recientemente, Accatino (2014).

³⁹⁵ Podría distinguirse entre el peso probatorio del conjunto de pruebas y el peso probatorio de cada elemento de prueba. Ferrer (2007: 118), por ejemplo, alude al primero diciendo que el peso probatorio es la capacidad inferencial del conjunto de pruebas a la hipótesis del caso a

- a. El juez debe decidir si asume (o no) las afirmaciones testimoniales como premisa para realizar inferencias sobre “p”.
- b. Una vez asume como verdaderas las afirmaciones testimoniales, ahora debe evaluar las *consecuencias* que para “p” tienen dichas afirmaciones.
- c. Y, depende de en qué situación nos encontremos suponiendo el esquema anterior (a, b o c), decidir si “Está probado que p”.

El juez asume racionalmente las afirmaciones testimoniales si dispone de buenas razones para aceptarlas una vez que las ha comprendido, donde las buenas razones no requieren, por supuesto, la certeza absoluta.³⁹⁶ Pero, atendiendo al esquema sobre la justificación testimonial que ha servido de hilo conductor a este capítulo, entre esas razones está que *el perito muestre la fiabilidad de sus afirmaciones*; y aquí viene una diferencia relevante con las otras nociones probatorias como el peso probatorio o la suficiencia del conjunto probatorio para alcanzar el estándar de prueba: los elementos de la fiabilidad debería ofrecerlos el propio perito.³⁹⁷

Se tiende a considerar que la fiabilidad está *directamente relacionada* con la determinación de la fuerza de los elementos probatorios. Por ejemplo, Champod y Vuille (2010: 23), sostienen que “si la fiabilidad... es cuestionable, se considerara de poca o nula fuerza probatoria y viceversa”. En este trabajo,

probar. Así, “el peso de los elementos de juicio sobre los que basamos la inferencia probatoria que va de éstos a la hipótesis mediría la *validez* de la inferencia.”

Para Twining (2006:193), “*weight*”, “*cogency*” o “*probative force*” de una proposición probatoria o de todas las pruebas se refiere a la fuerza o debilidad con que soporta o refuta una hipótesis. Anderson, Schum y Twining (2005: 384-385), distinguen entre “fuerza probatoria o valor probatorio” de “peso” de las pruebas, diciendo que los primeros se utilizan para valorar la importancia de información probatoria específica para determinar si debe ser admitida. Mientras que “peso” es un término normalmente usado para valorar el grado en el que todas las pruebas del caso establecen el *ultimate probandum* o *probanda*.

³⁹⁶ La racionalidad de una *elección* de este tipo no es, evidentemente, la de la verdad absoluta o certeza de las proposiciones empíricas; sino aquella correspondiente a una hipótesis de trabajo adoptada en función de su congruencia y aceptabilidad.

³⁹⁷ Nótese que me refiero exclusivamente a la prueba pericial. Castillo (2013: 309 ss), por ejemplo, habla de la fiabilidad de todo elemento de prueba: “el juicio de fiabilidad o de confianza supone la verificación de la concurrencia de ciertos requisitos y de las características que debe cumplir el concreto de medio de prueba para ser valorado por el juez a fin de que en condiciones de idoneidad tanto formal como material pueda servir para acreditar un enunciado fáctico. ...”.

“fiabilidad” y “fuerza probatoria” son cuestiones diferentes. Para ejemplificar esta diferencia puede pensarse en dos pruebas de ADN, cuya fiabilidad es muy alta en los dos casos, pero que pueden tener una fuerza probatoria totalmente diferente dependiendo de los hechos del caso concreto en el que se presenten y de su relación con ellos. Así, por ejemplo, si una de las pruebas acredita que el semen encontrado en el cuerpo de la víctima de una violación no pertenece al acusado esta tendrá una gran fuerza probatoria de su inocencia; en cambio, si la otra prueba acredita que el semen sí pertenece al acusado (que, por otra parte reconoce haber tenido relaciones sexuales con la víctima pero alega que fueron consentidas), ésta tendrá una fuerza probatoria respecto de la violación mucho menor.

Ahora bien, decidir asumir las afirmaciones testimoniales como premisa no es directamente responder a *qué experto elegir* entre todos los posibles, sino adoptar una conclusión como verdadera. Y ya hemos dicho que en la adquisición de conocimiento justificado sobre la base de un testimonio (*testimonially based justification or testimonially based warrant*), tanto el hablante como la audiencia deben contribuir epistémicamente al conocimiento en cuestión: el hablante mediante la fiabilidad de sus afirmaciones (*truth-conduciveness*) y la audiencia mediante sus (apropiadas) razones positivas.

4.1. La fiabilidad y el testimonio experto

El uso del término ‘fiabilidad’ se ha venido convirtiendo en una constante en el análisis de la prueba pericial en general, quizás debido a la expansión jurisprudencial y doctrinal del caso Daubert y la experiencia estadounidense en los diversos sistemas jurídicos. Ahora bien, a nadie escapa que se trata de un término vago y que también se le atribuyen sentidos muy diversos en función del contexto en que es empleado. Además, en muchas ocasiones incluso es acompañado de otros calificativos, como cuando se habla de “fiabilidad

científica” o de “fiabilidad probatoria”.³⁹⁸ Por ello, conviene analizar con más detalle el concepto de fiabilidad.

La mera verdad de la afirmación no es suficiente para que la audiencia adquiera conocimiento testimonial; una cosa es que p sea verdadero y otra es que el hecho de que A diga que p aporte conocimiento testimonial. Si p es verdadero por casualidad, porque A no sabe nada de ello y lo afirma porque dice que lo vio en el poso del café, entonces que A lo diga no nos justifica testimonialmente, con independencia de que sea verdadero p . En este sentido, mientras la atención se centra en lo que la audiencia dice y no en lo que cree o sabe, algo más que la verdad de lo que se afirma es relevante.³⁹⁹

En todo caso, el hablante debe afirmar que p sólo si es razonable para él creer que p . Y esa razonabilidad no puede ser entendida en términos subjetivos, el mero hecho de que un agente considere razonable creer que p no hace razonable creer que p . Dicha razonabilidad requiere que el respaldo epistémico disponible para quien afirma haga, *as a matter of objective fact*, probable que sea verdadero que p . Por ello, el hablante debe ofrecer la afirmación a la audiencia con las propiedades epistémicas que dicha *afirmación* posee y la

³⁹⁸ Algunos autores como Mousa y Hamdan (2010: 188), consideran que sería mejor hablar de fiabilidad en el contexto procesal y de validez en el ámbito científico. Anderson, Schum y Twining (2005: 385) definen un *proceso fiable* como aquél que es repetible o coherente y califican como fiables tanto a aparatos como a experimentos u otro tipo de exámenes. Mientras que “creíble” se refiere al grado en el que un elemento de prueba o una fuente de prueba merecen ser creído. Como credencial de las pruebas, la credibilidad tendría diferentes cualidades dependiendo de la forma tangible o testimonial de las pruebas. Las primeras para ser creíbles tendrían que ser genuinas o auténticas, precisas y fiables. Mientras que las segundas tendrían que ser veraces, objetivas y susceptibles de ser observadas.

³⁹⁹ Recordemos que para Lackey la audiencia puede adquirir conocimiento del testimonio de los hablantes incluso cuando los propios hablantes no se atribuirían el conocimiento respectivo. Pero, en cambio, exige que el testimonio haya sido producido de forma fiable o sea de alguna manera *truth-conducive*, por ello la mera verdad de la afirmación no es suficiente para el conocimiento testimonial.

Para Lackey (2008: 74), la fiabilidad de una afirmación puede ser desarrollada en numerosas formas, entre ellas están que las afirmaciones del hablante sean sensibles (*sensitive*), seguras (*safe*), formadas adecuadamente o virtuosamente, etc.

Al respecto, según Williamson (2000: 147), la conexión entre “conocimiento” y “seguridad” (*safety*) radica en que si uno sabe, uno no puede fácilmente estar equivocado en un caso similar; mientras que “sensibilidad” (*sensitivity*) es una noción contrafáctica de la verdad, la versión más simple requiere que si la proposición fuera falsa, uno no la creería.

audiencia formar su correspondiente creencia sobre la base de entender y aceptar la afirmación en cuestión.

Ahora bien, respecto a la prueba pericial de parte, como denuncia Redmayne (2001: 95), parecería que se termina cayendo en un argumento circular en el que el test de la *expertise* pareciera ser la propia *expertise*, pues en lugar de preguntarse si las afirmaciones del perito de parte son verdaderas o falsas la preocupación suele girar en torno a si el sujeto es “realmente” un experto, si tiene la formación o habilidades correspondientes, si tiene los conocimientos suficientes, etc.⁴⁰⁰ Si, por el contrario, nos centramos en las afirmaciones periciales, el perito debería decir por qué sería razonable creer que p, más allá de mostrar sus credenciales; su deber epistémico es ofrecer la información suficiente tanto en su informe pericial como durante su participación en la práctica de la prueba mediante el principio de contradicción.

Obsérvese que no estoy negando la importancia epistémica de cuestiones referentes a las credenciales del experto como tal, sino que las creencias que el juzgador puede tener con base en éstas constituirían solo una parte de sus razones positivas. Pero, además, las razones positivas del juzgador, que vimos ya en el apartado anterior, no son suficientes para la justificación testimonial. Aun cuando incluso el juzgador cuente con información inductiva adecuada que pudiera llevarle a concluir que un perito concreto es una fuente epistémicamente fiable, faltaría una de las condiciones de la justificación testimonial: que el hablante ofrezca a la audiencia las propiedades epistémicas que sus afirmaciones poseen. Entre esta información podría pensarse, por ejemplo, en las normas y estándares aceptables o aceptadas por comunidades expertas nacionales o internacionales como criterio de valoración para las pruebas periciales, ¿cómo conocemos esos estándares o normas si no

⁴⁰⁰ También llama la atención sobre este punto Edmond (37: 2012) en una crítica a la “*Law Commission’s Report “Expert Evidence and Criminal Proceedings in England and Wales”* porque, en su opinión, ésta confunde la “cualificación para hacer algo” con la fiabilidad.

formamos parte de esas comunidades? La respuesta parece obvia, mediante el testimonio.⁴⁰¹

Con lo anterior no estoy sugiriendo que, entonces, en cada una de las pruebas periciales concretas el juez acuda a una u otra comunidad de expertos a preguntar sobre éstos. Sino que debe ser el propio perito el que diga a qué estándares de aceptabilidad racional se está adhiriendo y por qué. Aunque, evidentemente, no basta con la mera afirmación del perito sino que el respaldo epistémico de la afirmación que el perito ofrezca haga de hecho probable que la afirmación sea verdadera.

En este sentido, parecería entonces que “debe prevalecer la objetividad de las conclusiones del informe pericial y su capacidad para ofrecer las explicaciones oportunas respecto a los hechos objeto de enjuiciamiento” (Richard, 2011: 505). Por supuesto, se requeriría de explicaciones sobre las técnicas empleadas y de por qué los resultados son válidos, una explicación suficiente para que pueda ser entendida y procesada racionalmente (Allen, 2004: 10)⁴⁰². Sin embargo, son muchas las voces que se han levantado para afirmar que no basta con explicaciones del perito, sino que es indispensable que se cuente con información *empírica* sobre cómo de hecho están funcionando dichas técnicas; defendiendo, pues, que una explicación no debería sustituir cierto tipo de información empírica.⁴⁰³ Así, por ejemplo, para Mnookin (2008: 344), una

⁴⁰¹ Me recuerda una sentencia en materia electoral que tuve oportunidad de revisar en alguna ocasión donde era necesario saber si la firma de un documento donde supuestamente se renunciaba a una candidatura era auténtica (ST-JDC-1036/2012). Entre varias cuestiones manifestadas por la perito encargada, en algún momento afirma que “de acuerdo a la Grafocrítica es necesario localizar un 75% de los Gestos Gráficos del amanuense en la firma cuestionada para determinar que estamos ante la presencia de una firma auténtica”. Más allá de que en el informe pericial reproducido en la sentencia la perito concluye que ese porcentaje no se alcanza pero en ningún momento hace referencia a cómo es que ha determinado que dicho porcentaje de hecho no se alcanza, si ella no hubiese dicho nada sobre dicho porcentaje, el juzgador no tendría dicha información.

⁴⁰² Aunque Allen hace referencia a la admisibilidad de la *expert evidence* en Estados Unidos y, en ese sentido, afirma que si un perito no puede explicar los fundamentos de su testimonio de forma accesible o explicar cómo podría ser verificado, entonces no se le debería permitir testificar frente al jurado.

⁴⁰³ Consideremos como ejemplo un reciente libro en grafoscopia y caligráfica forense, Robles y Vega (2009), en el que se dedica un capítulo a lo que los autores identifican como los principales métodos utilizados en la identificación de escritos y firmas. En él aparecen siempre

delimitación teórica o algún tipo de explicación del método no es condición necesaria ni suficiente. Sin embargo, hay aquí una distinción importante que no se suele tener en cuenta: un cambio sutil desde 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, etc.

Para *conocer* la fiabilidad de mecanismos no-agenciales es indispensable hacer investigaciones empíricas para medir cuán bien están funcionando. Según Carmines y Zeller (1979) la medición puede ser vista como un “proceso de vinculación entre conceptos abstractos e indicadores empíricos. ... [P]arece claro que la medición es un proceso que implica tanto consideraciones teóricas como indicadores empíricos”. En su opinión, las dos propiedades básicas de toda medición empírica son la fiabilidad y la validez. La fiabilidad (de mecanismos no-agenciales) es el grado en que cualquier procedimiento *medible* produce los mismos resultados en ensayos repetidos. En realidad, según Carmines y Zeller, los resultados de las mediciones nunca son exactamente iguales entre ellos, no se duplican de forma precisa, por lo que se habla de consistencia entre ellos. Ahora bien, mientras la fiabilidad se centra en una propiedad particular de un indicador empírico, la validez se refiere a la relación entre el concepto y el indicador; es decir, si el procedimiento mide aquello que supuestamente mide. En términos estrictos, según Cronbach (1971: 447), la validez no hace referencia al procedimiento en sí sino a la *interpretación* de la información que resulta de dicho procedimiento; por ello, un procedimiento fiable puede ser válido para medir un fenómeno e inválido para medir otro.

Pues bien, tomando en cuenta todas estas cuestiones, podría considerarse que en términos generales un mecanismo no-agencial es fiable cuando: I. Cuando se reproduce en condiciones adecuadas es posible prever que alcanzará resultados consistentes en X número de veces⁴⁰⁴ y, II. Se ha comprobado

explicaciones sobre en qué consiste el método y cuáles podrían ser algunas de sus debilidades pero ni un solo dato empírico sobre su uso.

⁴⁰⁴ Sin el uso de nociones probabilísticas no es posible definir el grado de fiabilidad.

sólidamente que tiene la capacidad de establecer lo que pretende establecer. Que obedecería a una especie de fórmula del tipo: el método X puede asociar de manera más o menos fiable tal dato con su fuente.

Un ejemplo muy sencillo puede servir para ilustrar mejor las dos condiciones de este concepto.⁴⁰⁵ Supongamos que una cinta métrica indica la medida de un metro en lugar de a los 100 cm. a los 104 cm. Cada vez que éste se usa para determinar la estatura de una persona, sistemáticamente da una medida mayor, 4 cm. cada 100 cm. Una persona que de acuerdo a esta cinta métrica mide 2 metros, en realidad está midiendo 2.08 mts. Esa cinta métrica concreta cumpliría con la primera condición pues es consistente en los resultados, pero, en cambio, no establece lo que pretende establecer, no cumple con la segunda condición.

Otro buen ejemplo sobre este concreto punto, aunque con muchas más complicaciones sustantivas de fondo, es el test neurofisiológico ONDA P300 o también conocido como Potencial Evocado Cognitivo, que supuestamente permitiría determinar cuándo un sujeto dice la verdad. Según una reciente declaración del experto que lo ha controlado en al menos dos ocasiones que ha sido usado en el sistema de justicia español, Dr. José Ramón Valdizán, “lo que se observa es la longitud de la onda que genera el cerebro respecto a los estímulos que se le presentan al individuo. Cuanta más alta sea la curva, más significativa es la información, que alcanza un 98% de fiabilidad. ... El sujeto genera respuestas automáticas, que no están condicionadas ni por su voluntad ni por su conciencia. No se puede mentir a la máquina”.⁴⁰⁶

Consideremos la primera condición del concepto de fiabilidad mencionado, cuando se reproduce en *condiciones adecuadas* es posible prever que generalmente alcanza resultados consistentes en X número de veces. Una pregunta fundamental es cuáles son las condiciones adecuadas en que se

⁴⁰⁵ Ejemplo tomado de Carmines y Zeller (1979:13), aunque lo he modificado ligeramente ya que ellos hacen alusión a la yarda.

⁴⁰⁶ Cfr. El país, 3 de abril de 2014, “La verdad de la máquina” de Ángeles Luca.

debería llevar a cabo el procedimiento correspondiente; al respecto, deberíamos saber, por ejemplo, cuál es la información relevante y/o necesaria y/o suficiente que debe presentársele al individuo para provocar las reacciones que supuestamente son medibles por la ONDA P300 (por ejemplo, que el individuo nunca hubiera visto el arma en ningún otro contexto antes de someterse a la prueba).

Que el juez tenga información sobre cuáles son las “condiciones adecuadas” puede ofrecer información sobre las posibles fuentes de error; y, por supuesto, esas “condiciones” son variables que tienen que ser constantemente analizadas dado que podrían ir cambiando.

Si tomamos ahora como ejemplo el análisis de las huellas dactilares, conocer las condiciones adecuadas que harían más o menos fiable el resultado implicaría tener información sobre algunas variables intraindividuales, como cuánto varía la impresión de una huella dactilar entre diversas impresiones de esa misma huella, pero también sobre variables interindividuales, como la variación de las impresiones de muchas huellas dactilares en una población determinada y en las formas de tales variaciones (National Academy of Science, 2009: 184).

Así pues, el juez debería tener información sobre la pertenencia del caso concreto que debe juzgar a un tipo de casos e información sobre el grado de *probabilidad* de los resultados en ese tipo de casos; ambas informaciones serán relevantes a la hora de corroborar o excluir hipótesis explicativas de los hechos del caso. Supongamos que es cierto que cada vez que se reproduce un estudio en las condiciones adecuadas el 98% de las veces se obtiene un resultado correcto o una medida consistente con el resto, como afirma el Dr. Valdizan respecto la ONDA P300. Se trata, por supuesto, de una probabilidad que admite un 2% de error, ¿cómo podríamos descartar que un caso concreto no está dentro de ese porcentaje? Sin embargo, al revés no vale, del hecho de que en *un* caso concreto se alcance supuestamente un resultado correcto,

nada se infiere sobre dicho procedimiento puesto que pudiese haber un sinfín de hipótesis alternativas que expliquen dicho resultado. Así, pues, una declaración en donde se defiende que el uso de la ONDA P300 en Estados Unidos apoyó en los noventa la inocencia de un sujeto que había estado encarcelado durante 23 años, que fue posteriormente puesto en libertad, de poco o nada sirve para probar la fiabilidad del procedimiento. La medición necesaria a estos efectos requiere investigación empírica en las condiciones adecuadas en una repetición suficiente.⁴⁰⁷

Entonces, la mera replicación de determinadas condiciones o estudios, la confirmación o la comprobación de ciertos *resultados* no alcanza para medir la fiabilidad. Que una técnica sea sometida a pruebas empíricas es condición necesaria para conocer la fiabilidad de ésta, pero no es suficiente. Se requiere analizar, además, su funcionamiento bajo cierta variedad de condiciones que permitan, por ejemplo, conocer cuáles son los factores que podrían influenciar o determinar los resultados.

Vale la pena enfatizar, aunque parezca una obviedad, que una cosa es la calidad de la pruebas y otra nuestro conocimiento sobre la calidad de las pruebas (Pardo, 2010: 367). Por supuesto, es necesario que se hagan los estudios empíricos necesarios para determinar la fiabilidad de todos los mecanismos empleados por los peritos; pero, dicha información tiene que ser facilitada al juez mediante el perito correspondiente en un caso concreto.⁴⁰⁸

Ahora veamos la segunda condición del concepto de fiabilidad propuesto, i.e. se ha comprobado sólidamente que tiene la capacidad de establecer lo que pretende establecer. La ONDA P300 al parecer se utiliza desde los años

⁴⁰⁷ Un grave error en el ámbito jurídico es, en este sentido, la exigencia de certeza. Los operadores jurídicos en general y los jueces en particular deberían aprender a aprender de los errores. Acostumbrarse a preguntar por las fuentes de error y no por las (inexistentes) certezas.

⁴⁰⁸ Como bien afirma Flores Prada (2005: 205) "... no se oculta que exigir el máximo detalle puede ser para las partes un arma de doble filo, ya que sirve para poner sobre el tapete la mayor o menor solidez del dictamen. Sin embargo, ello redundará en todo caso en beneficio de la valoración de la prueba por el tribunal ..."

Por supuesto, ese tipo de información también podría obtenerla el juzgador mediante otros expertos, por ejemplo, en su propia capacitación judicial.

noventa con individuos que tienen déficit de atención u otros problemas neurofisiológicos para analizar sus respuestas a determinado tipo de estímulos, pero el hecho de que (supongamos) sea válido en ese contexto no lo hace válido en otro contexto, ¿qué nos hace *suponer* (y subrayo suponer) que es un método cuyos resultados pueden ser interpretados para obtener las mismas conclusiones respecto un individuo que *no* tiene tales problemas neurofisiológicos?

La valoración del grado de fiabilidad es, a su vez, el resultado de inferencias (de distinta naturaleza) fundadas en premisas constituidas por las más diversas circunstancias o características referidas a su reproducción en condiciones adecuadas y los resultados consistentes y la comprobación sólida de que tiene la capacidad de establecer lo que pretende. Es decir, el grado de fiabilidad de la prueba está siempre determinado por una o más inferencias que deben estar fundamentadas en circunstancias precisas y en criterios reconocibles. Por ello, es necesario que se explicita dicha cadena, en lugar de arrojarse en temas tan cuestionables como el método científico, a efectos de brindar información sobre la calidad de las técnicas, métodos, etc., que han sido empleados.

Siguiendo toda la cadena inferencial que pudiera constituir a una prueba pericial, podría darse el caso de que se cuestione la legitimidad del área de conocimiento como tal, v.gr. si la astrología puede *de hecho* ofrecer información, que satisfaga las condiciones i. y ii, sobre la personalidad de un sujeto únicamente a partir de su fecha y hora de nacimiento. Pero tiendo a pensar que este tipo de casos son, sin duda, la excepción y no la regla en las pruebas periciales que se presentan en nuestros tribunales.⁴⁰⁹

Otra cuestión importante es que el mero uso constante de determinados procedimientos en los tribunales o en el sistema de justicia en general, desde luego, no brinda la información necesaria para determinar su fiabilidad. Tal

⁴⁰⁹ Y, por supuesto, hay que tener sumo cuidado de no convertir en regla aquello que es una excepción.

como pareciera sugerir Richard (2011: 485) cuando afirma que “[l]a fiabilidad y validez de la pericia dactiloscópica ha sido admitida por los tribunales como medio de prueba apto para, en su caso, desvirtuar la presunción constitucional de inocencia”; ni la determinación sin más de un órgano jurisdiccional, como la sentencia del Tribunal Supremo Español de 2 de noviembre de 1994 que dice que “la prueba consistente en el análisis de las huellas de los dedos de las manos humanas ... tiene un fundamento científico que, si alcanza ocho o diez puntos comunes en las huellas analizadas, sin que exista semejanza alguna, alcanza a establecer la identidad del sujeto, sin género de dudas.” La información sobre la fiabilidad de un método, técnica, etc., deben darla los expertos.

La fiabilidad, es desde luego, una cuestión gradual; un mecanismo no-agencial es más o menos fiable, de modo que, debe quedar claro, siempre hay posibilidad de error. La información sobre la frecuencia con que ocurren dichos errores deberían brindarla las áreas de conocimiento correspondientes o, en otros términos, las comunidades expertas. Es más, en muchas ocasiones esta información está ya ofrecida por las áreas de conocimiento y, en cambio, los jueces y juristas en general tienden a ignorarla. Sirve para ejemplificar este punto una distinción que suele plantear la doctrina procesal española entre pruebas científicamente objetivas y pruebas de opinión. Así, se afirma que la prueba de ADN es una “prueba científicamente objetiva” en la que no caben dictámenes contradictorios puesto que el ADN de una persona es el que es y no caben dos opiniones (Montero Aroca, 2006: 58ss). Por supuesto, como afirma la doctrina, es cierto que hasta donde ahora se sabe el ADN de una persona es único y claramente las pruebas de ADN *presuponen* esa hipótesis; pero dicho supuesto no conforma la prueba que pretende determinar si este ADN corresponde, por ejemplo, a JF. La prueba más bien consiste en que mediante un método X se pueda asociar de forma fiable un ADN con su fuente. Y, por ejemplo, cuando el resultado confirma que las muestras coinciden hay dos posibles fuentes de error (Aitken y Taroni, 2004: 399ss) la técnica empleada y el intérprete de los resultados. Las probabilidades de error de la

primera son normalmente menores con respecto a la segunda y, en todo caso, dichas probabilidades dependen de la capacidad de discriminación de la técnica empleada en muestras con grandes semejanzas (es decir, para distinguir los falsos positivos). En resumen, un mejor conocimiento de las fuentes de error del tipo de pruebas de que se trate y de la ratio de error de las mismas evitará valoraciones incorrectas por parte del juzgador. Esa información podrá recabarla de los propios dictámenes periciales, de su formación o *background* o de las comunidades expertas.

Un estudio completo de la prueba pericial de parte exigiría dar cuenta de nociones relacionadas con la fiabilidad, como el valor probatorio de tal prueba y, desde luego, los estándares de prueba. Sin embargo, dado que no son privativos de la prueba pericial de parte, serán en parte abordadas en el siguiente capítulo y pueden darse aquí por reproducidas.

5. A manera de conclusión

En este capítulo se ha puesto la atención en las afirmaciones periciales realizadas para el caso concreto por un experto elegido por las partes (y no directamente en el perito mismo). El perito debe ofrecerle al juez toda la información necesaria para que sea razonable aceptar el contenido de su testimonio y, consecuentemente, para éste pueda incorporar en su razonamiento probatorio las afirmaciones del perito de parte puesto que tendría buenas razones para creer en la verdad de éstas. Ahora bien, dado es de esperar que las partes sólo ofrezcan pruebas periciales que le sean favorables, es necesario prever diversos mecanismos no sólo para controlar hasta cierto punto las estrategias defensivas de las partes sino también para que el juzgador de los hechos pueda gestionar de la mejor manera posible la información que los expertos pretenden darle a conocer.

Sin ánimo de presentar aquí un resumen de los argumentos expuestos en el capítulo, me limitaré a ofrecer algunas conclusiones de tipo eminentemente

práctico que se derivarían de la concepción de la prueba pericial de parte que he desarrollado.

1. La prueba pericial de parte sufre de una parcialidad estructural: es necesariamente favorable a la parte que la presenta; pues, en caso contrario, la parte correspondiente no la hubiese ofrecido para sustentar sus pretensiones. De esta parcialidad, sin embargo, no se deriva necesariamente que los peritos así nombrados sean corruptos, incompetentes, etc., y tampoco que ese tipo de pruebas sean por ello merecedoras de un menor valor probatorio.
2. Las partes han pedido al perito que pretendan nombrar la explicación de ciertos hechos que consideran relevantes para sustentar sus pretensiones y dicha información es la que constituye la prueba pericial de parte. Ahora bien, durante la práctica de la prueba, el perito debe presentar el informe pericial que contiene tales afirmaciones, pudiendo en ese momento ser matizadas, ampliadas, contradichas, etc., por lo que también las afirmaciones realizadas por el perito durante la audiencia respectiva conforman la prueba pericial de parte.
3. En los últimos años diversos sistemas jurídicos y estudiosos de la prueba pericial de parte han implementado o sugerido criterios de admisibilidad, adicionales al juicio de relevancia y a los requisitos de presentación en forma y tiempo, a efectos de controlar la *calidad* de la información experta que entra al proceso judicial. 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.
4. El test de la *expertise* no puede ser la propia *expertise*. Por ello, solo debe admitirse información sobre la que sea posible, a su vez, tener

información acerca su calidad y, a estos efectos, el perito en su informe debe plasmar todo el soporte epistémico necesario para que el juzgador conozca no sólo la cadena inferencial del razonamiento realizado por él sino también todo aquello que haría razonable creer en la conclusión del mismo.

5. Cualquier criterio que limite la admisibilidad de pruebas periciales de parte relevantes sobre la base de su calidad debe establecerse legislativamente. Cuando, en ocasiones, la jurisprudencia usa como criterio de admisibilidad de una prueba pericial, por ejemplo, su científicidad está adoptando un mal criterio y también llevando a cabo un cambio sustantivo en las normas que regulan la prueba pericial, que permiten la entrada al proceso judicial de conocimientos expertos no-científicos.
6. Muchos ordenamientos condicionan la admisibilidad de la prueba pericial de parte a su *necesidad*. Entre las interpretaciones que ese tipo de disposiciones pudieran tener debe descartarse cualquier alusión a los estados mentales del juez y/o a sus necesidades cognitivas, pues además de la subjetividad a la que llevaría tal interpretación, supondría que las partes tienen que satisfacer tales necesidades, muchas veces, en un momento en que ni siquiera saben qué juzgador conocerá de su caso.

Una adecuada interpretación del criterio de necesidad sería que una prueba pericial de parte puede ser excluida cuando colapsa con la función judicial. Así, por ejemplo, no son necesarias pruebas periciales sobre la credibilidad de un testigo, puesto que determinar la credibilidad de un testigo es una tarea de los jueces. Esto, desde luego, no quiere decir que un experto en la credibilidad de testimonios no pueda llegar a tener información relevante sobre posibles criterios de valoración. Sólo que el cauce de éstos debería ser la formación judicial y no la prueba pericial.

7. No es extraño encontrar legislaciones procesales en las que, por economía procesal, el legislador limita el número de pruebas periciales

que sobre un hecho concreto puedan ofrecer por las partes. Sin embargo, hay que advertir que éstas disposiciones podrían tener efectos negativos en la averiguación de la verdad en aquellos casos en que un mismo hecho requiera ser analizado desde diversas especializaciones y en los que, por tanto, la parte razonablemente pretender aportar expertos de esas distintas ramas del conocimiento.

Como criterio orientativo de las facultades discrecionales del juez, por economía procesal (y también por gestión de sus propios recursos cognitivos) el juez debería excluir las pruebas periciales que, aunque sean individualmente relevantes, resulten superfluas en conjunto con el resto del acervo probatorio. Esto puede deberse a dos tipos de razones:

- a. A que la prueba pericial es innecesaria para probar un hecho dada la existencia en el expediente judicial de pruebas no-periciales que ya resulten suficientes para ello.
 - b. A que la prueba pericial es innecesaria dada la existencia de otras pruebas periciales sobre el mismo hecho que pretenden aportar idéntica *expertise* al respecto.
8. La mejor comprensión de las afirmaciones expertas realizadas por un perito no se obtiene a través de en una especie de soliloquio, sino mediante una *explicación* (no repetición) de todos aquellos puntos relevantes del informe pericial. Para ello, como regla general, el juez debe llamar a los peritos a juicio oral. Cuando sea el caso, deberán comparecer preferentemente los distintos peritos a la vez, lo que facilitaría al juez poder desafiar las afirmaciones de cada uno de ellos. En este sentido, es importante reconstruir el principio de contradicción como herramienta cognoscitiva del juez, concibiendo que éste puede pedir todas las explicaciones que requiera para entender el contenido del dictamen pericial y adquirir razones para aceptarlo o rechazarlo.
9. El cúmulo de conocimientos expertos que pueda tener un juzgador es relevante para la práctica de la prueba pericial, pero no para su admisión. Un juez mejor formado hará mejores preguntas, pedirá explicaciones más completas, etc. No se puede olvidar que un juez

profesional es un *repeat player* que va conformando un *background* sobre diversos tipos de pruebas periciales que afronta diariamente. Y, en todo caso, el reto que plantea a los juzgadores el uso de conocimiento experto en la toma de decisión sobre los hechos exige una formación permanente en cuestiones que van más allá del ámbito jurídico.

10. El papel activo del juez en la práctica de la prueba puede además servir a las partes para controlar *in itinere* el razonamiento judicial, es decir, cómo éste está entendiendo las pruebas periciales que le han presentado. Pero no basta con la actuación judicial, es indispensable que las partes efectúen un verdadero contradictorio sobre la prueba pericial de su contraparte a efectos de que el juez pueda obtener razones sobre la verdad o la falsedad de la hipótesis planteada.
11. No todo desacuerdo entre expertos es negativo, o señal de corrupción o parcialidad de uno u otro perito (más allá de la parcialidad estructural ya señalada). Pueden darse genuinos desacuerdos que el juez debería ser capaz de gestionar con herramientas procesales.
12. Una buena estrategia para el juez a la hora de enfrentar un contradictorio es la comparación entre los informes periciales presentados por cada una de las partes, identificando los acuerdos y desacuerdos y ayudándose de los propios peritos para ello. Una vez identificado el punto o puntos de desacuerdo, el juez podrá adoptar estrategias para tomar una decisión al respecto. A estos efectos las credenciales de los peritos *podrían* ser de ayuda para determinar, por ejemplo, si los expertos tienen una familiaridad semejante con las pruebas y los argumentos relevantes para el problema planteado. Sin embargo, cuando las partes se preocupan por presentar expertos de credenciales semejantes, éstas no suelen servir a efectos de dicha comparación. También podrá el juez escrutar si los peritos fundan sus distintas conclusiones en las mismas operaciones periciales o si uno de ellos ha realizado operaciones que no han sido llevadas a cabo por el otro y, en ese caso, cuán informativas pudieran ser esas operaciones. Y

cabrá también que utilice a un perito de confianza del juez para informar precisamente sobre los puntos de desacuerdo.

13. Si bien es cierto que al experto se le piden un buen número de explicaciones, a los jueces no les debe bastar con éstas y deben requerir a los peritos datos empíricos sobre cómo de hecho funcionan los métodos y las técnicas que emplean. Los peritos, y sus correspondientes comunidades, deben realizar las investigaciones necesarias para la obtención de este tipo de información y poder dar a conocer a los jueces la *consistencia* de los resultados de un método o técnica cuando se desarrolla en condiciones adecuadas.

Que el juez tenga más información sobre cuáles son las condiciones adecuadas en que se desarrolla un método o se emplea una técnica puede servirle para encontrar fuentes de error en la aplicación del conocimiento experto a los hechos del caso.

14. Ni el sistema de justicia en general ni los jueces en particular deben exigir a la prueba pericial niveles de fiabilidad o grados de probabilidad cercanos a la certeza; por el contrario habría que cuestionar ampliamente aquellas afirmaciones periciales que los supongan.

15. Que el perito no responda a cuestiones que el juez considera fundamentales para el caso en cuestión, que no sea claro o incluso que caiga en contradicciones, son circunstancias que operan como derrotantes de la justificación del juez para adquirir, a través del perito, conocimiento testimonial. El juez, en esos casos, no estará justificado para aceptar sobre la base de esa información las afirmaciones periciales e incorporarlas a su propio razonamiento.

Capítulo 4

Los peritos de confianza de los jueces

Hacia un modelo deferencialista

1. El perito de confianza del juez y las razones interpersonales

Un perito nombrado por el juez, a diferencia del perito de parte que, como se ha dicho en el capítulo anterior, tiene un sesgo estructural, entrega su informe pericial *a posteriori* de su selección. Por lo que su selección no depende de los resultados de sus operaciones periciales, sino que es previa a estos. En este sentido, su actuación no se limita a las afirmaciones que pueda hacer sino a la realización misma de las operaciones periciales correspondientes en el contexto del proceso judicial. La calidad de esas operaciones es susceptible de diversos controles dada, por ejemplo, la presencia y participación de algún miembro del tribunal o de las propias partes (bien mediante su abogado o incluso su propio experto) durante su desarrollo. Por supuesto, tanto en el desarrollo de tales operaciones como en su posible participación en la audiencia probatoria correspondiente se espera que el perito actúe de forma imparcial.

Ahora bien, sostendré que el nombramiento de un perito del que se espera tal actuación no debe ser de cualquier forma, sino una que garantice en la medida de lo posible que se trate de un *perito de confianza* del juez. Lo que, entre otras cosas, implica que las explicaciones que se le solicitan estén determinadas por lo que el juzgador considera como una necesidad epistémica para conocer los hechos del caso.⁴¹⁰ En consecuencia, el objetivo de este capítulo es reconstruir lo que identificaré como perito de confianza del juez adoptando una concepción

⁴¹⁰ A diferencia del perito de parte, los extremos de una prueba pericial llevada a cabo por un perito de confianza del juez serían determinados precisamente por el juez en atención a unos hechos y un conjunto de elementos de prueba.

del testimonio que sostiene que éste aporta razones interpersonales,⁴¹¹ en el que determinado tipo de relaciones sociales juegan un rol en la formación de creencias testimoniales. Esta concepción, como se verá, defiende un concepto de testimonio mucho más estricto dado el tipo de justificación epistémica que supone, i.e. una relación interpersonal sustentada en la atribución y asunción de autoridad teórica y la repartición de responsabilidades epistémicas. Lo que haría de ciertos testimonios una fuente epistémica *sui generis*.

En el contexto jurídico-procesal dichas relaciones sociales se traducirían en un cúmulo de exigencias para el sistema jurídico en su conjunto y no solo para un juzgador individual que conoce de un caso particular; es por ello que el título de este capítulo, los peritos de confianza de los jueces, está en plural, pues alude precisamente a un determinado tipo de red.

Bajo este esquema, se abordará, primero, en términos netamente epistémicos dicha concepción del testimonio como marco general que permitirá reconstruir la prueba pericial llevada a cabo por un perito de confianza del juez como una instancia testimonial en donde participan el hablante y la audiencia en una relación de confianza y responsabilidad.⁴¹² Para ello, en segundo lugar, se presentará un análisis detallado de la noción de confianza en juego que proporcione una base sólida para dar cuenta de cómo racionalmente se pueden llegar a establecer relaciones con sujetos confiables a efecto de poder obtener conocimiento vicario (*second-hand knowledge*).⁴¹³ Así, se estudiará el tipo particular de razones que permiten confiar en el hablante respecto de la verdad de alguna cuestión y no simplemente tomar su palabra como indicio, argumento o demostración de esa cuestión. Y, en tercer lugar, se abordarán también las dos condiciones necesarias y conjuntamente suficientes de la

⁴¹¹ Las razones interpersonales, como se ha visto, son elementos o razones que justifican o contribuyen a justificar la creencia de que un tercero en quien confío tiene pruebas sobre la verdad o la falsedad de las afirmaciones que realiza.

⁴¹² Parece suponer un modelo similar Schauer (2009: 77ss), cuando afirma que “[e]l juez es persuadido por no tanto por las razones del perito, sino por (su evaluación inexperta de) la pericia del perito, por lo cual la fuente es usada de un modo genuinamente autoritativo, aun cuando la autoridad es escogida por el [juez] y no impuesta al sujeto por el sistema”.

⁴¹³ También identificado como conocimiento de segunda mano.

confiabilidad de un sujeto, i.e., su capacidad y sus motivos para actuar de determinada forma.

Así pues, el objetivo será ofrecer una propuesta normativa que rijan la práctica de la prueba pericial en aquellos casos en que se pueda optar por un perito de confianza del juez,⁴¹⁴ i.e., elegido por él mediante la atribución de autoridad teórica y la valoración de sus incentivos para actuar de cierta forma. Por supuesto, presuponiendo que el perito así nombrado asumirá la responsabilidad epistémica correspondiente. Para ello, será indispensable un análisis más cuidadoso de los criterios empleados para la designación de peritos y, por supuesto, de las consecuencias epistémicas que esto conlleva, considerando que se busca establecer una relación interpersonal entre los peritos y los juzgadores que justifique la adquisición de conocimiento vicario mediante este medio. En este sentido, en adelante hablaré del perito de *confianza* de los jueces; confianza que, como se verá, va mucho más allá de su mero nombramiento, asumiendo que este tipo de testimonios es irreductiblemente *second-personal*.⁴¹⁵

Para lograr lo anterior, y a efectos de mayor claridad en el tratamiento de los distintos temas, al igual que en el capítulo precedente, intentaré clasificar los problemas de la prueba pericial atendiendo a las diversas etapas procesales:

⁴¹⁴ Debo advertir que no entraré a la discusión de *política procesal* respecto a cuáles deberían ser los casos concretos en los que se pudiera optar por un perito de confianza del juez: por ejemplo, si se debe dejar al arbitrio de las partes la solicitud de éstos, si debe ser más bien una especie de cláusula de cierre para evitar indefensión, si es subsidiario al perito de parte o si, más bien, se trata de una dualidad o pluralidad de sistemas. Mi objetivo es únicamente ofrecer argumentos epistémicos para la práctica adecuada del testimonio pericial cuando se ha decidido que es el juzgador quien debe elegir al perito.

⁴¹⁵ En términos generales, posiblemente sea mucho más fácil concebir esta opción en sistemas de derecho romano-germánico bien porque el uso de peritos oficiales o del juez ha sido mucho más frecuente en esos sistemas, bien porque la actividad probatoria del juez ha sido tradicionalmente mucho más activa que en sistemas del *common law* o incluso porque es posible que las propias partes de un proceso soliciten la designación de un perito por parte del juez. Es más, algunas veces los jueces no sólo tienen facultades para proponer de oficio pruebas (iniciativa probatoria) sino que cuentan con mecanismos como las medidas para mejor proveer a efectos de completar las pruebas que han sido ya practicadas.

También es posible que el párrafo anterior admita matices y que, por ejemplo, en materia penal los jueces del *common law* se acerquen más en cuanto a facultades probatorias al juez de derecho romano germánico. En cualquier caso, este trabajo aborda un análisis teórico no constreñido a estos sistemas.

admisión, práctica y valoración. Es de destacar que ya en la etapa de admisión se producen aspectos centrales de la prueba pericial realiza por un perito designado por el juez, puesto que es a partir del propio nombramiento cuando el juez, *qua* audiencia, se sitúa en una relación concreta con el perito al confiar en él como testigo experto.⁴¹⁶

En la admisión, entonces, se tendría un componente epistémico mucho más fuerte que en el perito de parte. Mientras que en el capítulo anterior sostuve que se podría diferenciar lo que es un perito de parte de la valoración de las afirmaciones realizadas por éste para su incorporación al razonamiento probatorio, aquí la situación se complica. Dado que para la selección del experto se prevé una evaluación epistémica que dé al juez razones para creer en el perito.

Bajo este esquema, en la etapa de admisión se distinguirá entre la solicitud o aportación del elemento de juicio, la relevancia de éste y la designación judicial, centrándome básicamente en ofrecer criterios para ésta última a efectos de evaluar la confiabilidad del perito. Este modelo normativo del perito del juez debe distinguirse de otras dos cuestiones, el paternalismo jurídico y la falacia de autoridad, con las que se podría confundir dada la dependencia cognitiva de un agente hacia otro.

Mientras, en la práctica del tipo de prueba pericial en comento, se delinearé cómo debería ser la emisión y la contradicción sustantiva de ésta, siendo el contexto en el que el perito de confianza del juez asume la obligación de responder a todos los cuestionamientos sobre el contenido de lo que ha afirmado a partir de la realización de las operaciones periciales. Aquí cobra suma relevancia un adecuado ejercicio del principio de contradicción de las partes que, además de favorecer a la calidad de la información contenida en el informe pericial correspondiente, garantice el derecho a la prueba de las

⁴¹⁶ Vale la pena recordar que asumiré fundamentalmente la perspectiva del juez y su actividad en cada una de dichas etapas, con independencia de los intereses de las partes.

partes. Por supuesto, también aquí es importante la previsión del principio del contradictorio como herramienta cognoscitiva, sin embargo, al haber sido ya analizado en el capítulo anterior, poco más se dirá al respecto.

Y finalmente, se analizará qué significaría valorar libremente el testimonio pericial de confianza del juez en un modelo que tiende a la deferencia hacia determinados expertos en contextos concretos. Un tipo de deferencia en el experto que implica distinguir entre autoridad práctica y autoridad teórica, de modo que la justificación testimonial en juego únicamente alude a ésta última y respecto a cuestiones determinadas. Así pues, el perito de confianza del juez, *qua* experto, dirá lo que es pero no lo que se debe hacer. Esta distinción de funciones, como se verá, evita terminar convirtiendo al perito en juzgador de los hechos, que es una de las principales preocupaciones de la prueba pericial en general.

Pero antes de abordar las diversas etapas mencionadas, debemos tener claro cuál sería el carácter testimonial de los peritos de confianza de los jueces. Veamos.

1.1. El testimonio y las razones interpersonales

Son tres las características generales que deben remarcarse de aquellas concepciones que intentan dar cuenta de la justificación de las creencias testimoniales mediante las razones interpersonales: el acto de dar cuenta de por parte del hablante, el rol de la audiencia y del hablante en la relación y las prerrogativas epistémicas obtenidas.

El primer punto a destacar de esta concepción es que, a diferencia de una concepción como la de Lackey, en ésta el hablante debe dirigirse directa y/o específicamente a la audiencia en cuestión.⁴¹⁷ Así, se distingue entre el acto de

⁴¹⁷ Aunque este punto concreto no es privativo de este tipo de concepción del testimonio, otras concepciones reduccionistas y no-reduccionistas también consideran que se trata de un acto de habla que implica necesariamente a dos personas concretas y no a una pretendiendo

afirmar algo delante de otro y el acto de dar cuenta de algo a otro (*telling*) (Hinchman, 2005: 563, 575). Dicho acto de dar cuenta de p implica la intención explícita del hablante de compartir información con la audiencia y la expectativa de que se crea en su palabra respecto de p.⁴¹⁸ La relación entre la audiencia y el hablante se iniciaría a partir de un reconocimiento mutuo; así, para Fricker (2012: 252) la relación que se establece entre éstos mediante el acto de dar cuenta de p “es paradigmáticamente un asunto del informante respondiendo a otro sujeto con cierta necesidad epistémica”, lo que permite calificarla de interpersonal, concretamente una relación *second-personal*.⁴¹⁹

Fricker (2012: 249), siguiendo a Craig, distingue en este contexto entre un sujeto que funciona como “un buen informante” y como “una fuente de información” diciendo que en el primer caso hay de por medio una necesidad de información por parte de la audiencia y el hablante intenta responder a ésta; mientras, en el segundo, alguien actúa como fuente de información por estar en ciertas circunstancias que tienen valor informativo para otro sujeto. El primero, como veremos, está relacionado con creer en el individuo, el segundo no tiene necesariamente que ver con creer en dicho individuo. Así, podría servir como fuente de información la apariencia de un individuo o su

brindar determinada a información a cualquier otro agente que tenga algún contacto con dicha información.

⁴¹⁸ Podría decirse que en esta concepción la transferencia de conocimiento mediante el testimonio es paradigmáticamente lingüística, pero no restringida a la comunicación lingüística. Se trata de un acto de habla ilocucionario que, en palabras de Austin (1962: 144), se “lleva a cabo un acto *al* decir, como cosa diferente *de* decir algo”. Diferenciando entre los actos ilocucionarios y los efectos o consecuencias que los actos ilocucionarios tienen en quienes los escuchan, habría que decir que siendo “típico que los actos ilocucionarios tengan que ser realizados intencionalmente” (Searle, 1998: 125), [e]l hablante tiene la intención de producir un cierto efecto ilocucionario haciendo que el oyente reconozca su intención de producir ese efecto” (Searle, 1969: 68). Pero, tal como hiciera Austin (1962: 161), hay que insistir en que hay que distinguir entre que el acto ilocucionario tenga cierto efecto para que sea exitoso y la afirmación de que el acto ilocucionario consiste en lograr cierto efecto.

Algunos autores en la literatura sobre el testimonio, como el propio Hinchman (2005: 587) identifican concretamente el acto de dar cuenta de algo con las promesas, o en términos más generales las aserciones (*assertion*) como en el caso de Fricker (2006: 595), observando su aspecto performativo. Así pues, del mismo modo que en las promesas el promitente mediante su acto de habla se compromete respecto a un estado de cosas, en el acto de dar cuenta el hablante se responsabiliza o avala la verdad de la proposición que formula.

⁴¹⁹ Moran (2006: 280), poniendo más énfasis en el hablante, afirma que el acto de dar cuenta es hacer una afirmación con el entendimiento de que va de por medio la confiabilidad de su palabra.

comportamiento observable; o incluso podría decirse que al mirar por la ventana hacia la calle en un día soleado y observar que la gente va abrigada, se podría obtener la información de que hace más frío del que pareciera (Moran, 2005: 275).⁴²⁰

Esta diferencia sustantiva tiene una implicación no siempre advertida y es que se trata de una noción más bien restringida de “testimonio”, ya que no incluye cualquier afirmación del hablante ante un tercero, sino sólo aquellas en las que explícitamente éste esté intentado comunicar información a una audiencia determinada. Así pues, el ámbito de las relaciones relevantes se sitúa entre personas implicadas en un tipo de acto de comunicación.

Las creencias justificadas testimonialmente se adquirirían, entonces, mediante el acto de dar cuenta de p por parte del hablante, pero dicho acto implica mucho más que dirigirse explícitamente a la audiencia. Por ello, el segundo punto a destacar en la concepción del testimonio como razones interpersonales es precisamente el rol que juegan las partes en la relación.

Uno de los grandes defensores de la concepción del testimonio como razones interpersonales, Richard Moran (2005), en su conocida *assurance view*, sostiene que el testimonio del hablante es una razón de la audiencia para creer que p , en virtud de que éste asume cierta responsabilidad hacia ella de que p es verdadero.⁴²¹ Esto supone que el acto de dar cuenta de p no es una mera expresión de lo que está en la cabeza del hablante, es asumir libremente la

⁴²⁰ Se suele diferenciar el concepto de “*entitlement*” del de “*justification*”. Tyler Burge (1998: 3) por ejemplo, intenta distinguir la dependencia epistémica o de justificación de otro tipo de dependencias únicamente causales. Así traza la distinción entre una dependencia hacia nuestros sentidos para adquirir supuesta información y la dependencia en nuestros sentidos para garantizar (*to warrant*) nuestro entendimiento y aceptación de la información así adquirida. En este sentido, Burge, pretende distinguir entre *entitlement* y *justification* como dos tipos de garantía epistémica (*warrants*) que tienen fuerza justificatoria. Un *entitlement* (legitimación epistémica) no necesita (aunque podría) ser accesible al sujeto individual; mientras que una *justification* involucra razones que tienen los individuos y a las que tienen acceso mediante la reflexión. En consecuencia, para Burge estaríamos *entitled* para basarnos en nuestras capacidades de percepción, memoria, razonamiento deductivo e inductivo, etc., aun cuando no se pueda entender por qué.

⁴²¹ También defienden este punto Ross, (1986); Hinchman, (2005); y, Faulkner, (2007).

responsabilidad de la verdad de que p , presentándose como un tipo de aval que provee de una particular razón para creer (Moran, 2006: 279). Esa responsabilidad no se adquiere por el mero hecho de que el hablante deliberadamente haya expresado determinadas palabras, sino que éste se hace responsable de que esas palabras tengan cierto estatus epistémico.⁴²²

Para Moran (2005: 360) la sinceridad es importante para las creencias testimoniales porque da cuenta de la responsabilidad que asume el hablante sobre el significado y la justificación de lo que dice. Así pues, hace una crítica muy interesante al valor que tradicionalmente se asigna a la sinceridad en los actos de habla (2005: 343 ss), bajo la suposición de que las afirmaciones sinceras nos permiten acercarnos lo más posible al genuino estado mental de la persona con la que nos comunicamos, dado que supuestamente garantizarían que lo *dicho* por el hablante sea una representación precisa de lo que éste realmente cree. Así, bajo esta concepción, el acceso a las creencias de la otra persona haría todo el trabajo para hacer creíble aquello que dice el hablante. En cambio, en la concepción de Moran, el estatus epistémico del hablante es notablemente diferente de sus palabras, no se garantiza que éstas reflejen sus creencias reales, sino que cumplen un rol distinto en la producción de las creencias de la audiencia dado que las palabras proveen algo más que una indicación del estado mental del hablante.

⁴²² A diferencia de Moran, Hinchman (2005: 571-572), sostiene que el acto de dar cuenta pone a disposición de la audiencia una especie particular de garantía epistémica (que identifica como “*entitlement to believe*”) dado que el hablante asumiría cierta responsabilidad de que es el caso que p . Así pues, un hablante que da cuenta de que p a su audiencia permitiría que ésta gane acceso a esa legitimación (*entitlement*) a creer que p ; y, según Hinchman, no por alguna prueba que tenga sobre su fiabilidad o la fiabilidad de sus fuentes de información, sino por la confianza en él.

Así, si la audiencia confía en el hablante reconociendo su intención o, como Hinchman le llama, su invitación a confiar, se consumaría el acto ilocucionario de dar cuenta de que p , es decir, el conocimiento testimonial de que p estaría garantizado. Entiéndase bien, para Hinchman, el *entitlement* no se deriva del mero hecho de que el hablante de cuenta de que p a la audiencia, sino también de la relación de confianza establecida entre ambos sujetos. Por supuesto, faltaría analizar la concepción de “confianza” que sostiene Hinchman, pero dejare éste punto para un epígrafe posterior.

Cuando el hablante asegura o da su garantía (*assurance*) de que p, estaría proveyendo a la audiencia de algo categóricamente diferente a las creencias que la audiencia pueda formarse a partir del comportamiento del hablante, aunque no necesariamente sean diferentes en su grado de credibilidad (Moran, 2006: 278). Por ello, para Moran (2005: 357), una persona habla sinceramente cuando se compromete con lo que dice creer y no sólo cuando da cuenta de sus creencias. El hablante se presenta a sí mismo como confiable, aunque ello no supone que la audiencia tenga que confiar automáticamente en él.

Puede haber dos formas en que la creencia de que p del hablante sea una razón para creer que p: tomar el hecho de que el hablante cree que p como una *prueba* más junto con otras, de las que puedo hacer ciertas inferencias para creer (o no) que p,⁴²³ o creer *en el hablante* que da cuenta de que p.⁴²⁴ Esta última relaciona a la audiencia con el hablante como agente y con su capacidad de ofrecer justificaciones e interpretaciones del significado de su creencia que p (Moran, 2005: 359). Así, según Moran, se provee a la audiencia de un tipo de relación epistémica con los hechos que no podría haber obtenido simplemente mediante el conocimiento de las creencias del hablante, pues se ofrece a la audiencia algo más que una indicación de su estado mental, dado que el hablante asume la carga de responder a cualquier petición de clarificación, interpretación o justificación de sus afirmaciones. Por ello, la referencia al hablante se realiza en tanto que agente y no sólo a sus creencias.

Para Moran (2006: 286 y 290), la relación que tiene lugar en el testimonio supone una específica dependencia de la audiencia a la *libertad* del hablante para *asumir una responsabilidad sobre el estatus de su afirmación como una*

⁴²³ Si tratamos el acto de dar cuenta como prueba, se sostendría claramente que aprender mediante éste hace a la audiencia dependiente de cosas como la discreción, la sinceridad y las buenas intenciones, o de cómo éstas le sean presentadas, de un forma en la que no es dependiente cuando infiere directamente sus creencias, cuando sólo depende de sus propias habilidades como intérprete de las pruebas que se le presentan.

⁴²⁴ Como ya afirmaba Anscombe (1979: 141), creer en alguien (*believing someone*) no sólo ha sido un tema descuidado en la filosofía, sino que incluso parece ser desconocido. Es más, muchas veces ha sido asimilado a la fe, es decir, a creer ciegamente en alguien. Concepción que, por cierto, está muy alejada de los supuestos de este capítulo.

*razón para creer que p.*⁴²⁵ Así pues, la creencia de la audiencia no sería producida sólo por la acción del hablante o por su intención, sino por ese mutuo reconocimiento en el acto de dar cuenta, donde la audiencia concibe que el hablante se presenta a sí mismo como responsable de la verdad de *p*.

Vale la pena enfatizar que la audiencia no responde simplemente creyendo, sino que debe entender lo que el hablante está *diciendo*, además de entender lo que éste está *haciendo* al dar cuenta de que *p* (Moran, 2006: 290). Ahora bien, tanto de la responsabilidad asumida por el hablante que pretende ofrecer una instancia testimonial como de la aceptación del testimonio por parte de la audiencia, surgen ciertas prerrogativas epistémicas para la audiencia concreta a la que el hablante se dirige.⁴²⁶

Al igual que Moran, McMyler (2011: 63 y ss; 100 y ss.) considera que la audiencia goza de una prerrogativa resultante de la responsabilidad asumida por el hablante. Sin embargo, a diferencia de Moran, quien habla en términos muy amplios sobre un genérico derecho a quejarse o reclamar (*right of complaint*), para McMyler ese derecho debe tener un claro alcance epistémico que lo distinga de otras respuestas morales o convencionales que surgen de la asunción de responsabilidades. Así pues, dicha prerrogativa de la audiencia sería dejar que el hablante responda cualquier cuestionamiento que otro haga sobre el contenido de las afirmaciones hechas por éste (*epistemic right of deferral of challenges*). Vale la pena resaltar que no se está hablando de cualquier tipo de cuestionamiento, sino sólo de aquellos que impliquen la producción de pruebas en contra del contenido testimonial.

⁴²⁵ Una de las críticas que se ha planteado a un modelo como el de Moran es que la asunción de responsabilidad por parte del hablante para responder a posibles retos sobre *p* no provee a la audiencia de una razón epistémica para creer en el testimonio de que *p*, sino que se trata más bien de una razón práctica para creer que *p*. Si esto es así, entonces, las razones interpersonales serían prácticas.

⁴²⁶ Moran, por ejemplo, habla de un “derecho a reclamar” por parte de la audiencia. Por ello es susceptible a la crítica que le formula Lackey (2008: 235) respecto a que “estar autorizado [*entitled*] a tener determinado tipo de reacciones carece de importancia epistémica”. En este sentido, como veremos, McMyler delimita las posibles reacciones de la audiencia a cuestiones netamente epistémicas.

Si el hablante no cumple con la responsabilidad que le corresponde respecto de las creencias testimoniales de la audiencia o si la audiencia no acepta la asunción de responsabilidad del hablante estando dispuesta a deferir los desafíos relevantes al contenido de sus creencias testimoniales, entonces no se trataría de una instancia justificada de creencia. En este sentido, si las creencias testimoniales de la audiencia están o no justificadas dependerá en parte de que el hablante sea capaz de superar los retos que se le puedan presentar (McMyler, 2011: 63).

Una vez descritas dos de las características generales que deben remarcarse de aquellas concepciones que intentan dar cuenta de la justificación del conocimiento testimonial mediante las razones interpersonales (es decir, el acto de dar cuenta de que *p* y la relación de confianza entre los participantes de dicho acto), el tercer punto fundamental a destacar de éstas concepciones es su argumento de que el testimonio no tiene un carácter probatorio. Para abordar este punto es necesario recurrir a su argumento de la dependencia epistémica.

La audiencia, se afirma, al adquirir conocimiento testimonial o una creencia testimonial depende epistémicamente del hablante. Atendiendo a aquello que haría el trabajo de justificación, pueden identificarse al menos tres posibles modelos que pretenden dar cuenta de tal dependencia (McMyler, 2011: 77ss):

- a. El modelo probatorio,⁴²⁷ en el que la audiencia depende de que el hablante le provea de pruebas ordinarias que cuenten a favor de *p*.

⁴²⁷ El término “prueba” puede ser entendido de formas muy diversas tanto en el lenguaje ordinario como en los lenguajes técnicos de la filosofía o del derecho; por ello, es necesario especificar primero el significado con el que trabajan las concepciones del testimonio como relación interpersonal. Si nos centramos en el debate filosófico, “prueba” en un sentido muy amplio hace alusión a cualquier tipo de consideración que cuente a favor de la verdad de una proposición; en este sentido, todas las teorías epistemológicas sobre el testimonio aceptan que éste es una prueba, i.e., que cuenta a favor de la verdad de una proposición. Sólo que sería una razón para creer categóricamente diferente dada la responsabilidad asumida por el hablante mediante su acto de habla, siendo dicha razón *second-personal* (Moran, 2005: 275; McMyler, 2011: 92ss).

Entonces, ¿a qué sentido de prueba se refieren? Se ha dicho ya que las concepciones reduccionistas reconstruyen el conocimiento testimonial como un tipo de inferencia, mientras muchos antireduccionistas suponen para su reconstrucción ciertas similitudes con la

Así, aquello de lo que depende la audiencia es de un tipo particular de *evento* y de las características de éste, especialmente de su fiabilidad.

- b. El modelo hereditario, en el que la audiencia depende de que el hablante le herede la justificación que tiene para su propia creencia de que p. Entonces, aquello que hace el trabajo justificatorio final es un *estado mental del hablante* y la justificación de dicho estado. Y
- c. El modelo *second-personal*, en el que la audiencia depende de que el hablante asuma cierto tipo de relación interpersonal. Para éste, a diferencia de los otros dos, la justificación recae en *una persona* y en las características de ésta.

El testimonio del hablante proveería a la audiencia de un *tipo de razón para creer* categóricamente diferente al tipo de razón para creer suministrada por los eventos ordinarios o por otros tipos de afirmaciones no testimoniales.⁴²⁸

Una vez caracterizada en términos generales la concepción de las razones interpersonales entre los participantes en el acto de dar cuenta de que p, toca ahora concretar una posible forma de entender precisamente esa relación interpersonal que pueda ser de utilidad para presentar un modelo de prueba pericial de confianza del juez que justifique la adquisición de conocimiento por parte de éste. En este sentido, posturas como la de Moran tienen el inconveniente de centrarse fundamentalmente en la responsabilidad del hablante, en cómo éste asume su propio testimonio, descuidando en mayor o

percepción, pero que ambos comparten el presupuesto del conocimiento de primera mano. Dicho conocimiento se traduce fundamentalmente en "*experiential evidence*", esto es, la capacidad de acceso a la experiencia mediante los sentidos. Dado que consideran que el conocimiento testimonial es siempre y necesariamente *second-hand knowledge* (Fricker, 2006: 603), parecería que es concretamente a este sentido de "prueba" como "*experiential evidence*" a la que se alude cuando se dice que el testimonio no es una prueba.

⁴²⁸ Esto último esto hace una diferencia importante con autores como Hume, quien consideraba al testimonio como un *evento* que podría considerarse como un indicador fiable de la verdad de determinadas proposiciones.

Según Anscombe (1979: 143), Hume pensaba que la idea de causa-efecto era el puente que nos permitía tener cierta idea sobre el mundo más allá de nuestra experiencia personal, por lo que pretendía subsumir las creencias testimoniales en las creencias en causas-efectos. Es decir, creemos en la verdad de un testimonio porque percibimos el testimonio y solemos encontrar que el testimonio y la verdad van juntos.

menor medida el rol de la audiencia. Dado el contexto en el que se centra este trabajo, i.e. el proceso judicial, donde el rol del juzgador de los hechos como audiencia es fundamental, esta concepción requiere, al menos, ser complementada con el rol de la audiencia. Ahí es donde tiene cabida la *confianza*, que surge en relaciones interpersonales en las que una parte tiene ciertas expectativas acerca de la actuación de la otra parte (McMyler, 2011; Faulkner, 2011). Así, ofrecer un testimonio y aceptar un contenido testimonial sería una práctica que dependería de las expectativas *compartidas* por las partes que participan en una relación interpersonal.

En *Testimony, Trust, and Authority*, Benjamin McMyler (2011) ofrece una concepción del testimonio basada en las razones interpersonales distinta a la de Moran, argumentando que la justificación testimonial radica en la apelación a la autoridad por parte de la audiencia, y no sólo en la responsabilidad que asume un hablante. Tal como afirmaba Austin (1970: 91):

... [Sé] 'de segunda mano' cuando [puedo] citar una autoridad que estuvo en posición de conocer (posiblemente también él sólo de segunda mano). El enunciado de una autoridad me hace apercibirme de algo, me capacita para saber algo que de otro modo yo no hubiese conocido. Es una fuente de conocimiento.

Y, como se verá en detalle en las próximas páginas, una concepción así exige ciertas decisiones por parte de la audiencia que permiten un mayor control de su parte respecto al testimonio en cuestión, siendo ésta responsable de atribuir la autoridad teórica en juego. Esto último daría cuenta de por qué la audiencia estaría justificada en aceptar la responsabilidad del hablante (Faulkner, 2011). Así, aunque el hablante juega un rol irreductible en la justificación del conocimiento adquirido por la audiencia mediante el testimonio, la responsabilidad es compartida;⁴²⁹ sin embargo, una vez atribuida dicha

⁴²⁹ Según la concepción del testimonio que sostiene que éste aporta razones interpersonales, a diferencia de la adquisición de conocimiento mediante la percepción, la memoria o las inferencias, en las que el ejercicio de las capacidades cognitivas es algo que hace el propio

autoridad, la audiencia deberá efectivamente tratar al hablante como una autoridad.

En mi opinión, son dos los argumentos principales que desarrollarían las características que se han visto sobre la concepción del testimonio que sostiene que éste aporta razones interpersonales. Estos argumentos se entretrejen de diversas formas para sostener que en algunos casos un agente racional *no* es el único responsable de la justificación de sus creencias cuando un tercero le intenta comunicar determinada información, suponiendo que las relaciones interpersonales basadas en la confianza y la responsabilidad juegan un rol epistémicamente *justificativo*. Veamos por separado cada argumento con algunos de sus correspondientes presupuestos y consecuencias.

Un punto a discutir contra las corrientes reduccionistas del testimonio es que un agente racional sea siempre el único responsable de la justificación (epistémica) de sus propias creencias, lo que puede identificarse como “autonomía epistémica” (McMyler: 2011: 30)⁴³⁰. Ahora bien, la tesis de la autonomía epistémica no negaría la posibilidad de que un tercero causalmente pueda influir para que un sujeto infiera correcta o incorrectamente determinadas conclusiones a partir de ciertas pruebas; sino que las creencias o el conocimiento puedan estar justificados por asunciones realizadas bajo la autoridad teórica de otros (McMyler, 2011: 14). Así, tomar el testimonio del hablante como una razón para creer implicaría considerarle como una

individuo, o mediante las cuales llega a sus propias conclusiones, el aprendizaje mediante el testimonio implica las capacidades cognitivas de un tercero. Por supuesto, hay distintas formas en las que se puede decir que las capacidades cognitivas de otro sujeto participan, por ejemplo, cuando causan determinadas creencias en el otro; sin embargo, la hipótesis en juego aquí es que dichas capacidades cognitivas de ese tercero justifican el conocimiento así adquirido.

⁴³⁰ Se suele emplear el término “individualismo” para hacer referencia a muchos de los problemas relacionados con la “autonomía epistémica”, sin embargo, McMyler (30, nota 11) dice preferir éste último porque le permite enfatizar la relación de sus tesis con las preocupaciones acerca de la autoridad.

Este argumento, que es parte central del libro de McMyler, va fundamentalmente en contra de las corrientes reduccionistas del testimonio que sostienen que la justificación de las creencias testimoniales de una audiencia se reducen a la inferencia inductiva que va de consideraciones independientes del testimonio respecto a la confiabilidad del hablante sobre *p* a la conclusión de que *p*.

autoridad teórica,⁴³¹ como alguien que está en una relación privilegiada y autorizada o fidedigna con los hechos (McMyler, 2011: 157). Por ello se afirma que la justificación del conocimiento testimonial pasaría por hacer referencia explícita a esa autoridad respectiva, haciéndolo entonces *característicamente de segunda mano*. Así pues, cuando se le pregunta a la audiencia sobre las razones de la afirmación testimonial, ésta podrá (y tendrá que) apelar a la autoridad del hablante.⁴³²

Pero la audiencia, como agente, sería completamente responsable de dos cuestiones: de la asignación de autoridad y, por supuesto, de las inferencias que hace o extrae de lo dicho por aquél que está considerando como autoridad (McMyler, 2011: 65).⁴³³ La audiencia tiene la responsabilidad de valorar, de llegar a su propia conclusión *sobre si el hablante es autoridad* y, además, del alcance de esa competencia. Si la audiencia tiene el conocimiento relevante para sacar su propia conclusión sobre el contenido del testimonio, no sobre la autoridad del hablante, entonces el conocimiento que de ello resulta difícilmente sería justificado testimonialmente.

Esta operación social requiere entonces una forma concreta de interacción comunicativa entre dos individuos, i.e., como audiencia y como hablante. Por un lado, se sostiene que la capacidad de aprender del testimonio es irreductiblemente social; mientras por otro, se sostiene una dependencia hacia otras *personas* y no simplemente hacia actos de habla o hacia las creencias de otros. Así pues, el problema epistemológico del testimonio se centraría en si, y

⁴³¹ Obsérvese que, a diferencia de Hinchman (2005), para McMyler la audiencia *adquiere una razón* para creer lo que afirma el hablante, no un derecho (*entitlement*) a creer las afirmaciones. Si justificadamente consideran al hablante como una autoridad sobre *p*, ésta es una razón para creer *p*. Ahora bien, dado que la asunción de responsabilidad del hablante daría una razón a la audiencia para creer, parecería suficiente que la autoridad no sea socavada por pruebas sobre su no-confiabilidad.

Por otro lado, vale la pena recalcar que la autoridad teórica también puede ser identificada como autoridad intelectual, autoridad epistémica o autoridad cognitiva.

⁴³² Es necesario distinguir la apelación a la autoridad (o la aceptación de la autoridad del hablante sobre si *p* como una razón para creer que *p*), de la falacia de autoridad. Más adelante se abordará esta cuestión.

⁴³³ Esta distinción es sumamente relevante en el contexto probatorio, como veremos, pues permite distinguir dos funciones que corresponden al juzgador: la atribución de autoridad teórica y la libre valoración de las afirmaciones testimoniales.

en qué forma, la categoría de otras personas juega un rol (irreductible) en el proceso de formación de creencias y en la adquisición del conocimiento testimonial (McMyler, 2011: 52).

El siguiente argumento sería que la audiencia, al asignar autoridad epistémica y considerar la responsabilidad del hablante, *confía en el hablante para conocer la verdad*. La confianza de la audiencia en que el hablante dirá la verdad la proveería de una razón epistémica para creer. En este sentido, las relaciones interpersonales basadas en la autoridad y la responsabilidad jugarían un rol genuinamente justificativo en el razonamiento teórico.

Así pues, la confianza en alguien se reconstruye como una genuina actitud cognoscitiva, con un significado epistémico genuino. Ésta sería, en opinión de McMyler, similar a las creencias en el sentido de que implica tomar algo como cierto con el objetivo de llegar a la verdad; pero, a diferencia de las creencias, la confianza podría reconstruirse también como irreduciblemente interpersonal. En este sentido, se rechazarían contundentemente aquellas posiciones que reconstruyen la confianza en alguien como una especie de sustituto de pruebas o como una cuestión netamente moral o psicológica; por ejemplo, disminuyéndola o confundiéndola con la lealtad a los amigos.⁴³⁴

Rechazar las relaciones interpersonales de autoridad y responsabilidad tendría como consecuencia que se estaría tratando a un tercero como mera *fuentes* de información, como una especie de indicador sobre los hechos y no como un agente epistémico.⁴³⁵ Por supuesto, falta delimitar qué se entendería por

⁴³⁴ Se podría plantear aquí un supuesto dilema: si la confianza es vista como una actitud cognitiva basada en pruebas, es difícil dar cuenta del tipo de dependencia interpersonal con la persona en quien se confía; pero, por el contrario, si la confianza es vista como una actitud no-cognitiva, entonces es difícil dar cuenta de la forma en que aparentemente es (y debe ser) sensible a las pruebas (McMyler, 2011: 115). Sin embargo, se trata de un falso dilema puesto que una cosa es tomar en cuenta los elementos de juicio sobre la confiabilidad del hablante a efectos de ponerse en una relación con él que justifique la adquisición de conocimiento vicario y otra distinta es la justificación de ese conocimiento que, como se ha mencionado, sería interpersonal.

⁴³⁵ Holton (1994: 11), bajo estas circunstancias, compara a las personas con dispositivos de medición respondiendo en formas diversas al medio y un tercero haciendo las inferencias que

confianza y sus términos aledaños; sin embargo, creo que ha quedado dibujado el marco que permite delinear el rol epistémico que jugaría tanto la audiencia (en el caso que nos ocupa, el juez) como el hablante (i.e. los peritos de confianza de los jueces).

1.2. Los peritos de confianza de los jueces

Dado que el testimonio es una fuente epistémica, en el ámbito procesal se tiene que especificar cómo funcionaría, en ese sentido, el testimonio pericial como fuente de conocimiento. Como se ha venido sosteniendo desde el inicio, el perito de parte es categóricamente diferente al perito de confianza del juez. Visto el primero de ellos, corresponde ahora especificar cómo debería funcionar el perito de confianza del juez; entre otras cosas, qué significaría que éste *qua* hablante asume una responsabilidad epistémica al testificar y qué significa que el juez *qua* audiencia acepta el testimonio.

En este punto cobra interés la vieja disputa sobre el carácter de la prueba pericial como auxiliar del juez de cierta parte de la doctrina procesalista de sistemas de derecho romano-germánico, especialmente la italiana y la española⁴³⁶ y en un momento histórico en que se entiende como prueba pericial únicamente aquella realizada en su totalidad dentro del proceso por el perito seleccionado por el juez.⁴³⁷ La concepción del testimonio que sostiene que éste aporta razones interpersonales daría fundamentos epistémicos para defender que el perito de confianza del juez es una fuente cognoscitiva especial; un tipo de auxiliar *epistémico* del juez.⁴³⁸

considere adecuadas a partir de su respuesta. Sin embargo, a diferencia de tales dispositivos, no siempre se puede revisar que lo dicho por el hablante sea correcto.

⁴³⁶ En España la discusión ha llegado hasta la exposición de motivos de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, donde el legislador se decanta por considerar la prueba pericial como un medio de prueba, “con las excepciones obligadas respecto de los procesos civiles en que ha de satisfacerse un interés público... se responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la *veracidad* de los hechos relevantes... adquiriendo sentido su libre valoración”.

⁴³⁷ El experto elegido por las partes, si acaso, se entendería en ese contexto como un mero auxiliar técnico de las partes pero no como una prueba pericial.

⁴³⁸ Una cosa distinta es qué se entiende por auxiliar del juez, que más bien pareciera una noción puramente procesal, que aquí no me interesa dado que pretendo dar cuenta

Francesco Carnelutti es considerado un referente entre aquellos que defienden que el perito es un auxiliar del juez y no una fuente de prueba, al respecto, afirma:

La naturaleza del encargo judicial atribuida a la pericia, y que no permite confundir al perito con el juez, ha engendrado la fácil y difundida opinión de que la pericia ha de incluirse en el sector de las pruebas... . Quien piense que todo lo que en el proceso de conocimiento no es juez ni parte es prueba, acaso encuentre que esta sea una opinión razonable.

El perito conoce por encargo del juez. El ligamen que entre perito y juez establece el encargo conferido por éste a aquél, es lo que contrapone, más que distingue, al perito del testigo y lo que lo define como un auxiliar del juez (1944: 221).

No es nada claro cómo Carnelutti, ni sus seguidores, trazan la distinción entre “auxiliar” y “prueba” o a qué se refiere la cita con “encargo del juez”. Sin embargo, Carnelutti (1944: 315) plantea, por otra parte, una muy interesante distinción que, por un momento, me llevó a pensar que estaba considerando aspectos *no* netamente procesales, pues en un apartado interesantemente llamado “procedimiento de conocimiento” en un epígrafe titulado “De la discusión”, haciendo alusión al contradictorio, afirma que “la instrucción, preparatoria incidental y probatoria, proporciona el material necesario para la decisión: *razones y pruebas*.”⁴³⁹ Recordemos que desde el punto de vista de la epistemología la evidencia empírica que tiene un sujeto sobre alguna cuestión

fundamentalmente de cuestiones epistémicas. Así, en perfecta congruencia con ello, por ejemplo, algunos ordenamientos establecen como causales de destitución del perito las mismas causales que para destituir al juez (Marinoni, 2009: 772) e incluso sanciones administrativas y/o penales aplicables a los funcionarios públicos.

Como dato complementario de la cita, habría que decir que Carnelutti califica al perito como un sujeto de la función judicial al que denomina “encargado judicial”, por oposición a los “oficiales procesales”, los primeros siempre presentes en un proceso, como el propio juez, y los auxiliares que pueden o no existir en él.

Entre los “oficiales procesales”, Carnelutti (1944: 205, ss.) cita al juez, al canciller y al, propiamente llamado, oficial judicial; mientras, entre los “encargados judiciales” cita al perito, al árbitro, al notario, al asesor, etc.

⁴³⁹ Las cursivas son mías.

puede ser dividida en *pruebas provenientes de la experiencia*, es decir, sus interacciones perceptuales, lo que ve o escucha o recuerda haber visto o escuchado; y sus *razones*, otro tipo de creencias proposicionales que conforman su *background* y que son proposicionales.⁴⁴⁰ ¿Está Carnelutti suponiendo esta distinción al decir que la pericial no era una prueba? Bien podría estar diciendo que la pericial ofrece al juez *razones* y que no se trata de una prueba que tenga que ver con sus interacciones perceptuales, trazando la distinción entre prueba y no-prueba más bien con estos fundamentos epistémicos que, incluso, podrían acercarlo a las razones testimoniales.

La respuesta parece ser más bien negativa, pues si atendemos a su clásica distinción entre el perito percibiente y el perito deduciente, vemos que se basa fundamentalmente en el rol que supuestamente jugarían éstos en las interacciones *perceptuales* del juez.⁴⁴¹ Podría decirse que Carnelutti no distinguió al testimonio de la percepción o, por el contrario, trazó cierta analogía del testimonio con la percepción; lo que, en cualquier caso, nos lleva fácilmente a confundir, como se ha visto desde el primer capítulo, el hecho de que el testimonio dependa para su *operación* de otras fuentes de conocimiento (como de la percepción para recibirlo) del hecho de que su *justificación* dependa, a su vez, de éstas. Percibir que es el caso que *p* es una forma de conocimiento de primera mano, implica que el agente, en este caso el juez, puede llegar a su propia conclusión; sin embargo, el conocimiento vicario generado por el testimonio no implica que el sujeto necesariamente llegue a su

⁴⁴⁰ Al respecto, véase Haack, (2007: 60-65.)

⁴⁴¹ Carnelutti (1944: 218) define al perito *percibiente* en los siguientes términos:

Puede, ante todo, darse la necesidad o la conveniencia de que el perito *sustituya o se agregue* al juez *para que perciba los hechos del litigio*. Esa necesidad o conveniencia se produce en dos órdenes de hipótesis. El primero se refiere no sólo a los llamados hechos de percepción técnica, sino también a hechos corrientes que el juez no esté en condiciones de percibir a causa de un defecto sensitivo, o a causa del peligro o del desagrado que la percepción lleve aneja, o bien a causa de costumbre que lo desaconseje; la segunda a hechos comunes o técnicos cuya apreciación sea materia de reglas técnicas y no de reglas de experiencia común.

Y, en cambio, sobre el perito *deduciente* afirma (1944: 219) que:

[su] necesidad o conveniencia se presenta cuando el juez *no posea la experiencia especial* cuyas reglas constituyan los instrumentos para la apreciación. ... [S]e liga... estrechamente con el uso de las reglas de experiencia en el proceso, y encuentra la principal razón de su frecuencia y de su utilidad, en la inevitable limitación de los conocimientos del juez en comparación con el inmenso campo de la experiencia.

propia conclusión sobre *p*, pues se trata de conocimiento de segunda mano. Quizá si Carnelutti hubiese relacionado el cuestionamiento de la pericial como prueba con su distinción entre las razones y pruebas, hubiese encontrado otras posibilidades que le llevasen a considerar al testimonio experto como un tipo de razones que no tendrían que ver con las pruebas perceptuales del juez.

En la doctrina procesalista, para defender que la pericial *no* es una prueba, se ha sostenido que la pericia es un mecanismo auxiliar porque no aporta hechos desconocidos o nuevos al proceso sino que es un elemento de valoración, pues da al juez máximas de experiencia que no posee de hechos ya aportados que, supuestamente, le facilitarían la determinación fáctica o sería una actividad complementaria de la actividad enjuiciadora o de la experiencia personal del juzgador.⁴⁴² Sin embargo, al respecto vale la pena hacer algunas consideraciones mínimas sobre la noción de hecho, de máximas de experiencia y, sobretodo, de prueba.

Ya en el primer capítulo se planteó que la noción de “hecho” es ambigua, puesto que con ella se puede estar haciendo referencia a las afirmaciones de las partes sobre los hechos sucedidos, los supuestos de hecho previstos en las normas, los hechos brutos, los hechos percibidos o los hechos interpretados. Con esta distinción en mente, la primer preguntar que deberían responder quienes defienden esta concepción es qué tipo de hechos *no* aportaría una pericial; y, quizá la primer acotación a hacer es que en un proceso judicial no se aportan hechos, sino “afirmaciones sobre los hechos”.

Sobre las llamadas máximas de experiencia que el juez obtendría a través del perito habría que decir, en primer lugar, que el uso de la noción de “experiencia” que aquí se hace es tremendamente confuso.⁴⁴³ No es claro si se

⁴⁴² Sobre esto, véase, entre otros Font Serra, 2000: 34; Prieto Castro, 1968: 509; Serra Domínguez, 2000: 289. El Tribunal Supremo español en la sentencia 368/2007, por ejemplo, dice que “[n]o se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos”.

⁴⁴³ Si consideramos la definición de Stein (1893: 22) sobre las máximas de experiencia como “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos

trata de una experiencia compartida por determinado grupo social o, por el contrario, si se trata de cierta experiencia sensorial individual; pero, claro, las creencias que se puedan formar a partir del conocimiento experto están alejadas de la experiencia personal del juzgador.⁴⁴⁴

Pero desde el punto de vista epistemológico, como ya se ha dicho anteriormente, además de las pruebas provenientes de la experiencia, están las razones proposicionales que conforman el *background* de un individuo (Haack, 2007: 62);⁴⁴⁵ así que podría decirse que es precisamente mediante la pericial que el juzgador obtendrá las razones que requiere *para* tomar la decisión sobre el caso, pero que ésta no hace parte de las pruebas provenientes de su experiencia. El juez conoce *mediante* el testimonio del perito.⁴⁴⁶

que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”.

⁴⁴⁴ Lo que hace tildar al menos de extraña la afirmación de Stein respecto a que el juez convierte en percepción propia la explicación técnica del perito de su confianza (Stein, 1893: 62); afirmación que, desde luego, es un claro ejemplo de una posición reduccionista del testimonio.

En este mismo sentido, véase Zubiri de Salinas (2006: 238 ss.) Aunque sus argumentos son cuestionables, sobre todo cuando afirma que:

el conocimiento personal del juez no puede constituir fuente probatoria *porque* no es científicamente contrastable, ya que el ejercicio de la jurisdicción sólo avala los conocimientos jurídicos del titular de ella, pero en modo alguno los posibles conocimientos que pueda tener de otras disciplinas; b) aunque pudiera ser objetivamente evaluable ese conocimiento, mediante la constancia en el proceso de la titulación habilitante que un determinado juez tuviera en su poder, el conocimiento personal del juez no habría venido al proceso aportado como prueba y no habría sido sometido a la necesaria contradicción procesal...” (Las cursivas son mías).

En principio, el autor confunde la contrastabilidad de las hipótesis con un tipo de credenciales de un experto; además de reducir la *expertise* a las credenciales. Por otro lado, no entiendo por qué el conocimiento del juez no podría ser sometido a una contradicción, por ejemplo, por los expertos de las partes, siempre y cuando éste sea explicitado de alguna manera.

⁴⁴⁵ Según Valdés (1996: 5-6) pueden distinguirse dos grandes clases de estados mentales: los meramente experienciales (sentir cosquillas, tener un dolor) y las actitudes proposicionales. En el caso de estos últimos, su objeto o contenido se expresa mediante el uso de oraciones declarativas.

⁴⁴⁶ Como ya se ha advertido en otras ocasiones, obviamente mediante el testimonio se adquiere conocimiento proposicional, no *expertise* como propiedad disposicional, i.e., no se es un experto.

Por otro lado, un punto clave es la noción de prueba en juego que, supuestamente, se opondría a “auxiliar del juez”⁴⁴⁷. Sucede, sin embargo, que ni los defensores de la pericial como auxiliar del juez ni aquellos que sostienen que la pericia es una prueba son claros en la noción de prueba que están suponiendo. Si atendemos a los argumentos de estos últimos una cuestión recurrente en dicha literatura es que el conocimiento experto busca la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de ciertos datos procesales o que su finalidad es determinar o fijar formalmente los hechos controvertidos que precisan ser conocidos o apreciados.⁴⁴⁸

Quizá vale la pena distinguir también aquí entre elementos de prueba a favor o en contra de P (*evidence*) y “está probado que P” (*proof*). Para que algo sea prueba, en el primer sentido, es necesario que sea relevante; mientras que “está probado que P” hace referencia a la suficiencia del *conjunto* de pruebas según determinado estándar. Esto, desde luego, conlleva cuestionar el presupuesto de que la finalidad de la prueba es lograr la convicción del juez o algún estado mental de éste. En el primer capítulo se trazaron algunas líneas sobre la concepción racionalista de la prueba que nos llevarían a rechazar esta concepción subjetiva de la prueba, presuponiendo que la *finalidad* de la institución probatoria es la averiguación de la verdad con independencia de los estados mentales del juez.

Todas estas cuestiones llevan a pensar que el debate prueba vs. auxiliar del juez es en realidad una cuestión fundamentalmente conceptual y que, sobretudo, implica aspectos generales sobre la prueba en el derecho y no cuestiones particulares sobre el carácter de la prueba pericial, como evidentemente suponen los participantes de este debate.

⁴⁴⁷ Por supuesto, hay quienes piensan que ambas posturas no están reñidas y que una prueba puede ser de *auxilio* no sólo para el juez sino también para las partes. Así, por ejemplo, Briseño Sierra (1970: 402) afirma que “el que sea un medio de prueba ... no excluye que sea un valioso auxiliar del juez para el correcto conocimiento de los hechos”. O Font Serra (1974: 10): “... ambas posturas no están reñidas. La pericia es un medio de prueba, lo que no es obstáculo para que represente un especial auxilio a la actividad que el Juez desarrolla en el procedimiento probatorio. Este auxilio tiene más relieve, normalmente, que el proporcionado por los demás medios de prueba”.

⁴⁴⁸ Rosenberg, 1955: 265; Guasp, 1961: 340; Montero Aroca, 1998: 181; Font Serra, 2000: 36.

Sin embargo, si asumimos el carácter testimonial de la pericial, la noción de “auxiliar del juez” podría reconstruirse en términos epistémicos, sustituyéndola por la noción de *buen informante*. O, en todo caso, diciendo que un auxiliar del juez es aquel que éste considera como un buen informante sobre la verdad de p. Donde p serían los extremos determinados por el juez como necesidades epistémicas del caso en cuestión. Y sería buen informante porque dada la relación de confianza con él, previa una evaluación de su autoridad teórica y sus incentivos para actuar de forma confiable, asume la responsabilidad epistémica de lo que afirma sobre p.⁴⁴⁹ Esa responsabilidad epistémica del hablante daría al juez razones de segunda mano (*second-personal*) para creer en la verdad de que p, teniendo el perito un rol irreductible en la generación de dicho conocimiento. Es decir, si el juez confía en el perito para conocer la verdad de p, tendrá que remitirse explícitamente al perito tanto en todos los retos que se puedan presentar al contenido del testimonio ofrecido como en las conclusiones de éste.

Al respecto, y ya para terminar este epígrafe, es interesante retomar nuevamente el comentario de Carnelutti sobre la limitación de los conocimientos del juez dado el inmenso campo de información o experiencia que en la actualidad socialmente disponemos. En ese contexto, parece necesario reconocer la dependencia epistémica entre los individuos que interactúan en los diversos sistemas sociales que conforman nuestras sociedades.⁴⁵⁰ Y, por ello, es importante preguntarse cómo abordar esta

⁴⁴⁹ Es importante recordar que el testimonio supone que la audiencia no conocía ya, de forma independiente, el contenido del acto de habla. Dado que, de ser así, no se generaría conocimiento, pues éste ya “existiría”. En esos casos, podríamos hablar, por ejemplo, de una convergencia de opinión o, por el contrario, de diferencias de opinión o de desacuerdos, incluso de un diferente acceso a las pruebas pero no de conocimiento vicario.

⁴⁵⁰ Al respecto, Edmond (2012: 264), se pregunta “¿cómo los tribunales (y los juzgadores de los hechos) obtienen información acerca de la representatividad, cualidad, en definitiva, sobre el valor probatorio de las técnicas y opiniones de ellas derivadas, y cómo deben ser presentadas las afirmaciones de conocimiento científico, técnico y de la experiencia, rebatidas y evaluadas por participantes legos?” Aunque la pregunta me parece muy adecuada, la respuesta ofrecida por Edmond tiene algunos problemas. En efecto, este autor propone crear un panel asesor multidisciplinario que valore la fiabilidad de las técnicas médicas y las

dependencia en el contexto procesal, presuponiendo que el testimonio experto es en sí mismo una fuente de conocimiento, y asumiendo que, al igual que en la vida cotidiana, este es un aspecto irreductible de nuestras interrelaciones en la dinámica social.

1.3. El testimonio y el paternalismo epistémico en materia probatoria

Es importante distinguir la dependencia epistémica que supone este modelo de justificación testimonial de la prueba pericial de un mecanismo diverso que, más allá de cuestionar la autonomía epistémica, la limita. Es decir, habría que diferenciar el testimonio como fuente de conocimiento vicario del paternalismo epistémico.

El paternalismo epistémico se ha venido sugiriendo en el ámbito de la prueba pericial como una especie de política hacia los juzgadores de los hechos para protegerles de ellos mismos dado el supuesto impacto que podría causar en su razonamiento la admisión de elementos de juicio de carácter experto,⁴⁵¹ pese a la relevancia de éstos para la resolución del caso en cuestión. Goldman (1991) hace referencia de la siguiente manera al paternalismo epistémico hacia los juzgadores de los hechos⁴⁵²:

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

empleadas por las ciencias forenses, proveyendo “asistencia” al juez con sus determinaciones de admisibilidad; asistencia que luego identifica con “deferencia” en esa etapa procesal.

⁴⁵¹ La idea de “protegerse de ellos mismos” es de Hart (1966: 123). Aunque Hart se refería al paternalismo concerniente al razonamiento práctico, la idea es aplicable en términos generales al tipo de paternalismo relacionado con el razonamiento teórico, que es el que aquí nos interesa.

⁴⁵² Aunque, como se verá, está pensando en el jurado como juzgador de los hechos presuponiendo un sistema del *common law*, lo dicho puede ser aplicado a un juzgador profesional de tradición romano-germánica.

expectativa del jurado mismo, quiénes quizá hubiesen [habiendo estado facultados para hacerlo] aceptado información sobre el carácter del acusado, sus antecedentes penales o sobre 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, por ejemplo, porque sus miembros pueden tener un *background* conformado por creencias falsas o porque su habilidad para sacar conclusiones adecuadas de las pruebas es más bien deficiente, entonces se *limita* su autonomía epistémica (v.gr. seleccionando la información que conocerá) con el *fin* de obtener resoluciones verdaderas sobre el caso en cuestión. En el ejemplo citado por Goldman, dicha limitante, en principio, es impuesta por el legislador y ejercitada por un juzgador profesional que “protege” de sí mismos al jurado tomando decisiones por éstos.⁴⁵³

Obviamente hay muchos problemas teórico-prácticos en toda esta discusión; por ejemplo, el debatido concepto de “paternalismo”, los sujetos de éste, la justificación de un tipo de políticas así y, por supuesto, la diferencia entre un paternalismo de corte “político-jurídico”⁴⁵⁴ y uno “epistémico”. Para los objetivos de este epígrafe no es necesario profundizar en tan complejos debates, sino sólo tener una noción de paternalismo epistémico que nos permita plantear los problemas que podrían abordarse mediante la adopción de este tipo de políticas. Para ello vale la pena abordar someramente algunos aspectos clave de la discusión sobre el paternalismo en el razonamiento práctico para ver que analogías se pueden trazar con el epistémico.

⁴⁵³ Aunque bien podría sostenerse que en el caso de un proceso judicial el objeto de protección serían las partes en litigio y/o la sociedad en general (Goldman, 1991), creo bastaría con sostener, como en todo paternalismo epistémico, que el interés es la verdad (o la formación de creencias verdaderas) con relativa independencia de los posibles fines epistémicos de los sujetos de la relación.

⁴⁵⁴ Puede verse un análisis sobre el paternalismo jurídico en castellano, en Garzón Valdés (1993); Atienza (1988); Alemany (2005 y 2006); y, en italiano, es referencia básica Maniaci (2012).

Así pues, podríamos partir de considerar que “paternalismo” es un concepto neutro, no intrínsecamente valorativo, i.e., no es ni positivo ni negativo en sí mismo.⁴⁵⁵ Ahora bien, esta neutralidad genera como resultado la distinción entre paternalismo justificado e injustificado. Podría hablarse de al menos dos tipos de justificación no necesariamente coincidentes, una *a priori* y otra *a posteriori*. Una justificación *a priori* se orientaría a presentar como aceptables este tipo de políticas sobre un sujeto, dado que éstas le evitarían daños importantes presuponiendo cierta incapacidad, déficit, debilidad o incompetencia relevante de éste para realizar determinada acción o razonamiento; mientras que una justificación *a posteriori* del paternalismo, dependería de una evaluación de los resultados o consecuencias, es decir, de si se lograron los fines buscados.⁴⁵⁶ Aquí fundamentalmente interesa el primer tipo de justificación, aquella que atiende a las características, estado o situación del individuo a efectos de ejercer cierto paternalismo sobre él.

Los debates sobre cuáles son los elementos que constituirían una acción paternalista son bastante extensos, para nuestros fines, dada su claridad y sencillez, podríamos considerar el esqueleto planteado por Alemany (2005: 273):

El agente A ejerce paternalismo sobre B si y sólo si:

- 1) A ejerce poder sobre B,
- 2) con la finalidad de evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le suponen un incremento del riesgo de daño.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ Al respecto consúltese VanDeVeer (1986: 16ss). Y, en cambio, para una definición intrínsecamente evaluativa, véase Dworkin, 1972.

⁴⁵⁶ A este tipo de justificación parece referirse Goldman (1991). Es importante notar, como lo hace Gerald Dworkin (2002), que “podría creerse que la pregunta sobre si se produce más bien que daño es simplemente una pregunta empírica. Depende de nuestro entendimiento sobre aquello que es benéfico para la persona. Si el bien incluye simplemente cuestiones como una larga vida, mayor salud, más ingresos o menos depresión, entonces sí que pareciera ser empírico. Pero si uno concibe que el bien de los individuos incluye cuestiones como ser respetado como un agente independiente, tener el derecho de tomar las decisiones por uno mismo o que no se infrinja la autonomía personal, entonces la pregunta sobre si un agente está mejor después de haber sido sujeto a cierto paternalismo es una cuestión en parte normativa”.

⁴⁵⁷ Pese a que, además de no considerar al paternalismo epistémico entre los tipos de paternalismo que identifica, Alemany (2005: 272) dice explícitamente que “[su] propuesta es, en

Bajo este esquema, diríamos que el *modo* en que se ejerce la acción paternalista es siempre un “ejercicio de poder”. Pese al debate que pueda generar la propia noción de “poder”, basta aquí con suponer que cualquier ejercicio de éste por A se orienta intencionalmente a la obtención de algún comportamiento de B y que A puede ser responsabilizado de dicho ejercicio.⁴⁵⁸ Una discusión distinta sería cuáles son o deberían ser los concretos *medios* por los cuales se lleva a cabo dicho ejercicio de poder, v.gr. la ocultación de información, el engaño, la coacción, etc.

Respecto al numeral dos, como bien dice Alemany, no todo ejercicio de poder es paternalista, así que parecería necesario considerar una finalidad concreta de dicho ejercicio. Él elige evitar daños,⁴⁵⁹ diferenciándolo básicamente del objetivo de la promoción de intereses más allá de cierto umbral mínimo o de intereses ulteriores. Ahora bien, habría que tomar en cuenta que plantea estas diferencias con el objetivo básico de distinguir el paternalismo de aquellas medidas que limitan la autonomía del individuo en nombre de algún supuesto ideal de perfección humana (lo que se conoce como “perfeccionismo”).

En todo caso, siguiendo el esquema de Alemany, diríamos entonces que una acción paternalista epistémicamente en el ámbito probatorio sería también un ejercicio de poder y el agente que la ejerce debería poder ser responsabilizado. En este sentido, por ejemplo, las partes al no tener poder sobre el juez no podrían ejercer acciones paternalistas. ¿Quién, entonces, podría ejercerlas? La

todo caso, restringir el uso del término paternalismo a la evitación de daños físicos, psíquicos y/o económicos”, aquí extenderé esa idea a daños producidos por ciertos tipos de errores cognoscitivos.

Por otro lado, para otras discusiones sobre la definición de “paternalismo” cfr. Sartorius, 1983; Feinberg, 1986; Garzón Valdés, 1993; Dworkin, G., 2002.

⁴⁵⁸ En términos generales éste es el planteamiento de Alemany (2005: 268 ss) que, para tales efectos, recurre a la distinción entre “poder” e “influencia” de Ruth Zimmerling. Así, termina afirmando que explica el ejercicio del poder como aquel orientado *intencionalmente* a obtener un *comportamiento* de otro; que es posible ejercer el poder por medio de la influencia; y que el ejercicio del poder conlleva *responsabilidad* por parte de quien lo ejerce, aun cuando dicho poder se ejerza mediante la influencia.

⁴⁵⁹ Qué es un daño es una cuestión también debatible. Algunos lo identifican como un perjuicio a un interés legítimo, otros a la frustración de expectativas legítimas y, una tercera vía, como una acción contraria a los derechos de un individuo (Coleman J.,L., 1992: 288).

respuesta dependerá evidentemente de la estructura orgánica prevista en cada sistema procesal; pero, obviamente tendrá que hacerse por un juez distinto al juzgador de los hechos.

Por otro lado, al abordar la finalidad del paternalismo epistémico hay que hacer referencia al daño que se trata de evitar que, en este caso, análogamente, sería un daño epistémico: la frustración del objetivo de la averiguación de la verdad. Así, podría decirse que una acción es paternalista epistémicamente si tiene como objetivo evitar que B razone sobre qué cuenta a favor de una creencia, dado que hacerlo supondría un incremento del riesgo de error. De todas formas, hay que aclarar que Alemany está suponiendo el razonamiento práctico, las razones que cuentan a favor de una determinada acción; y, en cambio, el paternalismo epistémico pretende interferir en el razonamiento teórico, i.e., las razones que cuentan a favor de una creencia. Así pues, éste último, por ejemplo, no buscaría imponer el uso del casco a los motociclistas para protegerles evitando un daño, sino que el motociclista no considere cierto tipo de información que supuestamente le llevaría a creer (erróneamente) que dejar de usar casco no es peligroso⁴⁶⁰.

Entonces la finalidad de una acción paternalista epistemológicamente en el ámbito probatorio debería ser evitar incrementos en el riesgo de error (como la formación de creencias falsas) con el objetivo de llegar a la verdad⁴⁶¹. Algunas de estas acciones han sido tomadas incluso por el propio legislador al dictar

⁴⁶⁰ Así, por ejemplo, cuando Goldman (1991: 119) piensa “en controladores de la comunicación que ejercen un paternalismo epistémico siempre que interpongan su propio juicio en lugar de permitir a la audiencia ejercer el suyo (todo ello asumiendo los objetivos epistémicos de la audiencia)”, sólo tiene sentido si entendemos que está hablando exclusivamente del razonamiento teórico. De lo contrario, todo paternalismo sería “epistémico” y no cabría distinguir a éste como una especie del género “paternalismo”.

⁴⁶¹ No toda creencia falsa *necesariamente* afecta a la búsqueda de la verdad. Piénsese como ejemplo en la revisión en segunda instancia de exclusión de pruebas, cuya posibilidad de obtener una decisión favorable depende de si se puede comprobar que tal prueba fue considerada por el juzgador de los hechos al momento de tomar su decisión. Vale recordar que en los juicios seguidos ante jurado que no tienen obligación de motivar su decisión, esto es imposible y por ello el procedimiento es distinto.

ciertas normas⁴⁶²; o, al menos algunas veces, ciertas normas son interpretadas en ese sentido. En el ámbito del proceso judicial estadounidense, por ejemplo, Leiter (1997) y Allen y Leiter (2001) han defendido que ciertas reglas probatorias de su sistema no están diseñadas para “conocedores ideales” sino para “conocedores reales”, por lo que éstas:

toman en cuenta las deficiencias epistémicas de los jurados, tales como su susceptibilidad a la confusión y el prejuicio o su generalmente modesto nivel de habilidad intelectual. ... La regla probatoria que excluye pruebas no-científicas es una regla epistémica primaria en el sentido en que se establece asumiendo que los jurados deben ser ‘protegidos’ de la ciencia basura en la formación de creencias sobre los hechos en disputa.

Una discusión aparte son los medios mediante los cuales se ejercería el paternalismo epistémico en el ámbito probatorio. Entre los cuales, pueden concebirse al menos los siguientes tres:

- a. Que el juzgador de los hechos no tenga conocimiento alguno de la existencia de ciertas pruebas
- b. Que aunque conozca de su existencia, no tenga contacto con ellas, i.e., no conozca la información que aportan
- c. Que teniendo conocimiento de su existencia y contacto con ellas, no le asigne ningún valor probatorio

Evidentemente la primera de las estrategias sería la más contundente, eliminando cualquier posibilidad de “contaminación” por parte del juzgador de

⁴⁶² En este sentido, por ejemplo, Leiter (1997: 803) define al paternalismo en función de las reglas: “el paternalismo en cualquier ámbito de la regulación jurídica supone que las reglas deben sustituir los juicios de los agentes mismos por el juicio de los legisladores acerca de qué es lo mejor para esos juicios. El paternalismo epistémico sustituye con el criterio de los legisladores respecto a qué es lo mejor epistémicamente para los agentes en su propio juicio”.

los hechos.⁴⁶³ Y, en cambio, dentro de la tercera opción y como un medio menos costoso podría pensarse en que se le diesen al juzgador de los hechos algunas instrucciones concretas sobre las pruebas en cuestión sin que estas sean excluidas.

Con independencia de los medios que se puedan adoptar para proteger al otro de forma paternalista, una pregunta importante que salta de inmediato es dónde radicaría la incapacidad de los juzgadores de los hechos, i.e., de qué incapacidad se está hablando. En general, podría decirse que los factores relevantes a considerar serían cierto estado o condición del sujeto que supongan límites o déficits *cognitivos* traducibles en una tendencia al error. Ahora bien, el paternalismo epistémico que fundaría una regla o una acción paternalista es cuestionable cuando sólo se *presuponen* tales deficiencias cognitivas que resultarían en error, pues son indispensables datos empíricos para ello.

Llegados a este punto, habría que diferenciar al testimonio como fuente de conocimiento del paternalismo epistémico. El testimonio amplía las posibilidades de los agentes de conocer el mundo a través de otros. Mientras, por otro lado, una acción paternalista en este contexto supone una limitación a la autonomía epistémica de un individuo en nombre de su propia autonomía.⁴⁶⁴

Corresponde ahora abordar la confianza como actitud genuinamente epistémica que fundamente la concepción del testimonio que sostiene que éste aporta razones interpersonales.

⁴⁶³ Vale la pena llamar la atención sobre el hecho de que en sistemas que obligan al juzgador a motivar sus decisiones, la supuesta contaminación aún podría ser controlable sin necesidad de excluir elementos de juicio por ello. Esto obviamente presupondría un correcto funcionamiento de la motivación: que de hecho los jueces justifiquen sus decisiones y no que únicamente expliquen el íter mental que les llevo a tomar una decisión o, peor aún, que únicamente hagan una especie de resumen con el contenido las pruebas, etc.

Por otro lado, conocer la justificación que brinda un juzgador sobre las decisiones judiciales que toma permitiría también hacer diversas investigaciones empíricas, entre ellas, saber cómo de hecho valoran los jueces las pruebas periciales en general.

⁴⁶⁴ Atienza llama a esto la "paradoja del paternalismo": "el paternalismo consiste en limitar la autonomía de las personas en nombre de la propia autonomía".

2. La confianza

La confianza es una cuestión poco analizada filosóficamente, y aún menos desde una perspectiva epistemológica.⁴⁶⁵ Ahora bien, hay una pluralidad de formas en las que se habla de la confianza. El tipo de confianza relevante para el testimonio pertenece al ámbito del razonamiento teórico,⁴⁶⁶ aunque ello no excluye que se relacione también directamente con el razonamiento práctico, en situaciones en las que la decisión de cómo actuar depende de si tenemos o no razones para confiar en la persona con la que interactuamos en escenarios concretos. Sin embargo, confiar en alguien y actuar en base a esa confianza son cuestiones diferentes: es perfectamente posible que se confíe en un tercero sin haber tenido nunca ocasión de actuar en base a dicha confianza.⁴⁶⁷

En dicho contexto, es indispensable resaltar que si bien “confiar” y “desconfiar” son términos excluyentes entre sí, no son exhaustivos pues hay una zona intermedia entre los casos de confianza y los casos de desconfianza (Ullmann–Margalit, 2004: 60 ss). En efecto, no es posible confiar en H para hacer X y desconfiar simultáneamente de él para hacer X; sin embargo, es posible que A no confíe ni desconfíe de H para hacer X. Así, si se afirma “no desconfío de H para hacer X” se puede estar simplemente asumiendo una actitud agnóstica dado que no se tienen razones para confiar, pero tampoco se tienen para desconfiar. En este sentido, es posible diferenciar confiar, desconfiar y, simplemente, no-confiar o no-desconfiar.

⁴⁶⁵ Debe advertirse que la noción de “confianza” tiene un ámbito de aplicación que va mucho más allá del testimonio; así pues, no toda actitud identificada como “confianza” es relevante en el contexto del testimonio experto. Sin embargo, el análisis de la confianza que aquí se hará se circunscribe a ese contexto, excluyendo algunos significados que se usan en el lenguaje ordinario y sin pretensión ninguna de debatir cuál es, si es que lo hubiera, *el verdadero* significado del término “confianza”.

⁴⁶⁶ Algunos autores como Ullmann-Margalit (2004: 62) encuentran una profunda conexión entre la confianza y las creencias, muchas veces afirmando que la confianza es un tipo de creencia (McMyler, 2011: 131).

⁴⁶⁷ En este sentido es importante advertir desde ahora la distinción entre confiar y encomendar o, para ser más explícita, entre confiar *en* alguien para X y confiar/e *a* alguien X. Faulkner (2011: 150), por ejemplo, considera que la noción de confianza relevante para el testimonio es de acción.

La aparición en el escenario de esta tercera opción nos lleva a preguntarnos si en ausencia de las creencias correctas correspondientes, un agente podría decidir confiar en una persona o, mejor aún, actuar como si confiara, como si tuviera esas creencias. Claramente, el ideal sería poder suspender el juicio y esperar a tener razones para confiar o desconfiar del sujeto en cuestión; sin embargo, muchas veces se debe tomar una decisión sin el tiempo que requeriría lo anterior, de modo que se hace necesario contar con cierto tipo de reglas o políticas de decisión cuando se está bajo ese tipo de escenarios. En este sentido, podría decirse que es posible adoptar la política de *actuar como si se confiara* (o se desconfiara) en situaciones donde no se tienen razones suficientes para confiar o para desconfiar.

Llegados hasta aquí, conviene analizar la noción de confianza que está en juego. Para ello, es necesario iniciar diciendo que la noción de confianza relevante para la epistemología del testimonio hace referencia a un tipo de relación tripartita identificable en la siguiente fórmula:⁴⁶⁸

La audiencia (A) confía en el hablante (H) para hacer X

La relación es tripartita porque supone la participación activa de dos sujetos, H y A,⁴⁶⁹ en una cuestión concreta X. Así pues, asumiré que la confianza tiene lugar entre individuos que están participando de una relación con terceros,⁴⁷⁰ tomando cada uno distintos roles y/o actitudes entre ellos. A diferencia de otros conceptos como “fiable”, con los que se suele hacer alusión al funcionamiento de instrumentos, técnicas o determinadas situaciones, se trata de confiar en

⁴⁶⁸ Hardin (2002: 9).

⁴⁶⁹ Seguiré usando como sujetos a la audiencia (A) y al hablante (H) para enfatizar el contexto de análisis, es decir, el testimonio. En el ámbito más amplio de la confianza, se suele hablar del sujeto en quien se confía (*trusted*) y del sujeto que confía (*truster*). Y, para quien quiere leer lo anterior en términos jurídicos, A sería el juez y H el perito.

⁴⁷⁰ Al respecto, véase Hardin, 2004; McLeod, 2011.

una *persona* (*trust-H*), concretamente en confiar en los hablantes para conocer la verdad (*trust speakers to tell the truth*).⁴⁷¹

Una de las preguntas iniciales que podría plantearse es el tipo de relaciones que supone la confianza. Dado el contexto que me interesa, i.e. el proceso judicial, las relaciones que en él tienen lugar son más bien relaciones distantes que tienen lugar en una comunidad (jurídica) determinada, donde en la interacción entre las personas no hay una empatía especial;⁴⁷² y en las que más bien el centro de atención radica en tenerlas como formas de dar incentivos a H para que considere los intereses de A. Por ello, muchos de los aspectos a considerar para confiar dependen del tipo particular de relación en juego (Hardin, 2004: 8).

Por otro lado, el ámbito de la confianza se circunscribe a determinado contexto o actividad concreta del sujeto H en cuestión; no tiene un efecto halo o generalizador sin determinación del sujeto o de la actividad. Entonces, para la noción de “confianza” relevante aquí, frases como “confío en ti” o “yo confío”, serían incompletas si no le precede una cuestión concreta y/o un sujeto específico. Por su parte, la última parte de la fórmula de la confianza, “para hacer X”, supone que A tiene las habilidades relevantes para llevar a cabo X.

⁴⁷¹ McMyler encuentra diferencias sintácticas y semánticas relevantes entre las siguientes locuciones mediante las cuales se adscribe confianza: “confiar en que” (*trust-that*) y “confiar en alguien que” (*trust-someone that*). Mientras con la primera se estaría transmitiendo el hecho de una creencia en una proposición, como en “confío en que Mary recogerá a los niños del colegio hoy” porque, por ejemplo, la he estado vigilando y es lo que ha hecho cada día a esta hora; en la segunda, la actitud se dirige directamente a una persona concreta y sólo de forma *indirecta* hacia la proposición (i.e., de una forma mediada por el sujeto en cuestión), como en el ejemplo “confío en Mary para recoger a los niños del colegio hoy” porque me lo ha dicho explícitamente. Las condiciones de verdad serían, según McMyler, distintas en ambos casos. Sin embargo, queda aquí un problema: si, como se verá más adelante, la actitud de confiar es una actitud proposicional, su objeto directo debe ser también una proposición. Otra cosa si se puede sostener que es algún tipo especial de proposición referida a cierto individuo respecto una acción específica.

⁴⁷² Es decir, donde no hay relaciones más estrechas o íntimas en las que se da un cierto sentimiento de familiaridad, amor, buena fe, etc. entre las personas y que motivan su apoyo mutuo. Este tipo de relaciones estrechas de confianza pueden ser descritas más bien como relaciones bipartitas, y no tripartitas como las que aquí importan, dado que un sujeto confía en el otro para una gran variedad de cuestiones. Por ejemplo, decimos que Marta es amiga de Jesús y no que Marta es amiga de Jesús para ir de copas, *para* ir de compras, para estudiar, etc. Al respecto, véase Holton (1994: 7).

Donde X debe entenderse como “las actividades relevantes para llegar a la verdad de una proposición determinada”. Así pues, conviene distinguir entre confiar en el hablante para conocer la verdad (*trust speaker to tell the truth*) y confiar en que el testimonio es verdadero (*trust testimony to be true*).

Una vez especificado que se trata de una noción relacional que hace referencia a un contexto específico, es indispensable diferenciar entre confiar, confiabilidad y las condiciones de la confiabilidad. En otras palabras, entre la actitud mental que tiene la audiencia, las propiedades que debe tener el hablante y las condiciones de justificación pertinentes.

2.1. La actitud de confiar

Centrémonos por ahora en la partícula “A confía” de la fórmula de la confianza mencionada anteriormente, “A *confía* en H para hacer X”, con el objetivo de responder a qué significa confiar. En general, podrían identificarse dos grandes grupos sobre la reconstrucción de la actitud del sujeto que confía: los cognitivistas y los no cognitivistas.

Los primeros, como su nombre indica, reconstruyen la actitud de confiar desde una perspectiva cognitiva, en el sentido de que buscan un fundamento en aquello que es verdadero,⁴⁷³ y se trata como una capacidad de conformar ciertas expectativas racionales sobre el comportamiento futuro de otra persona en ciertas situaciones (Hardin, 1996: 28). Así, se confía una vez se ha valorado la confiabilidad de ese tercero. En este sentido, decir “confío en ti para X” se traduciría como “sé o creo ciertas cosas acerca de ti”, concretamente sobre tus incentivos para actuar de forma confiable; lo que es una especie de actitud proposicional mediada por un tercero.

En cambio, para los no-cognitivistas la confianza no es una actitud mental dependiente de razones sino que se trataría de una disposición, afecto,

⁴⁷³ Véase Gambetta (1988), Coleman (1990) y Hardin (1996).

emoción⁴⁷⁴ o virtud moral *independiente* de la información sobre la confiabilidad de H o incluso resistente a dicha información y no reducida a personas específicas (Becker, 1996: 44).⁴⁷⁵ Por ello, consideran que la confianza no debe ser tratada de forma análoga a la cognición (Luhmann, 1979: 79). Así, por ejemplo, para Karen Jones (1996: 4) “confiar es una actitud de optimismo respecto a que la buena voluntad y competencia de otro se extenderá para cubrir el ámbito de mi interacción con él, además de una expectativa de que aquél en quien confío será movido directa y favorablemente por la consideración de que cuento con él”.

Alguna de las concepciones no-cognitivistas, por ejemplo, moralizan la noción de confiar, otorgándole un valor positivo a la actitud de confiar en sí misma.⁴⁷⁶ Pero, ¿diríamos que confiar es algo bueno en sí mismo si, por ejemplo, A confía en H para asesinar a M o para realizar otro acto considerado moralmente malo?⁴⁷⁷ Más bien pareciera que es la acción para la que se confía el posible objeto de críticas morales, más no la confianza como tal. Otro de los ejemplos no-cognitivistas, y muy clásico en el lenguaje común, es el de tomar “confiar” como sinónimo de “tener fe”, una contaminación teológica que explicaría cierta falta de interés en el análisis del tema, considerando que sería mejor confirmar personalmente X y no guiarse por la confianza o la fe en alguien al respecto (Baier, 1986: 242).

⁴⁷⁴ Al respecto puede verse Barbalet (1996); Lahno (2001). Sobre esta concepción de las emociones puede consultarse Rorty (1980); Calhoun (1984). Para un análisis más completo sobre las emociones, véase González Lagier (2009).

⁴⁷⁵ Véase también Baier (1986); Baker (1987); Karen Jones (1996). En el ámbito jurídico, por ejemplo, Pereda Gámez (2006: 166) considera que “debe tenerse en cuenta que la disposición natural del ser humano es la de confiar y creer y, por tanto, la predisposición del juez ha de ser la de creer al perito, porque ese es el estado habitual y el no creer constituye un caso de excepción”. Evidentemente esta concepción de la confianza no sirve a efectos testimoniales dado que no tiene relación alguna con la verdad.

⁴⁷⁶ Origi (2004: 64), en este sentido, concibe que confiar es un tipo de compromiso previo hacia una relación y no una consecuencia de la evaluación de ciertos comportamientos.

⁴⁷⁷ Al respecto, Baier (1986: 253), por ejemplo, afirma que “[c]uando la relación en sí misma es corrupta y perpetua la brutalidad, la tiranía o la injusticia, confiar puede ser una tonta auto exposición, y defraudar la confianza, incluida la confianza que ha sido fomentada, puede ser no sólo moralmente permisible sino moralmente elogiable.”

Vale la pena advertir que las diversas concepciones de la confianza tienen lugar en escenarios tan distintos como la filosofía moral, la sociología, la filosofía política y la epistemología; de igual forma intentan dar cuenta de la confianza en contextos muy distintos, no sólo entre sujetos sino de individuos hacia determinado tipo de colectividades como el gobierno, la sociedad, etc. Ubicada concretamente en el tema que tratamos, el testimonio experto, resulta indispensable una noción de confianza relacional y cognitiva que dé fundamentos a la concepción del testimonio que sostiene que éste aporta razones interpersonales. Se precisa, pues, una noción de confianza que dé cuenta de la relación concreta entre la audiencia y el hablante, pero además que se base en razones epistémicas para la adquisición de conocimiento vicario. Para ello no son aptas las concepciones que reconstruyen la confianza como un sustituto de pruebas, por ejemplo, considerándola un tipo de emoción que lleva a ignorar cierta información o a cierta parcialidad dando más valor a los hechos favorables a ella.⁴⁷⁸

Confiar debe ser, entonces, el resultado de ciertas expectativas racionales concretas sobre la confiabilidad de H. Ahora bien, esto tiene como consecuencia cierto autocontrol cognitivo del agente (Hinchman, 2005: 584), una especie de dependencia consciente, razonada. En todo caso, decir que A *confía* significaría que sus expectativas se fundan en la capacidad y los incentivos de B para actuar de *cierta* forma respecto a ella en la cuestión particular en juego; y, en este sentido, dado que hay varias combinaciones entre el tipo de consideraciones implicadas, puede haber también varios grados de confianza.

2.2. La confiabilidad

En una relación de confianza es importante distinguir la actitud de confiar asumida por la audiencia como resultado de ciertas expectativas racionales y la

⁴⁷⁸ Desde luego, esto no excluye que sea de interés el análisis de otras concepciones de la confianza si se suponen otros objetivos.

propiedad de ser confiable del hablante. Confianza y confiabilidad serán tomadas aquí como 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: está justificado confiar en quien resulta confiable.⁴⁷⁹

En adelante entenderé que H es confiable para A respecto de x si, y sólo si, concurren en H aquellas características que hacen que A debiera confiar en él para X. Asumiré que las características que hacen a H confiable respecto de X para A son su competencia y un aspecto motivacional. Con ello asumo una concepción estratégica de la confiabilidad, pues considero que el aspecto motivacional está conformado en parte por ciertos incentivos determinantes para que H actúe de forma confiable respecto de X con A.

Dada la relación con la audiencia, la confiabilidad del hablante no sería entonces un rasgo general del carácter de H, sino una cuestión dependiente precisamente de dicha relación (Hardin, 2002: 88). En este sentido hablamos de “el hablante actúa de forma confiable respecto de X” y no de “el hablante es confiable” sin más. Como sostiene Gambetta (1988: 217 ss), “cuando decimos que confiamos en alguien o que alguien es confiable, implícitamente estamos diciendo que la probabilidad de que éste realice una acción que es beneficiosa para nosotros, o que al menos no en va nuestro detrimento, es lo suficientemente alta para considerar establecer alguna forma de cooperación con él.”

Si la confianza se funda en la expectativa de que el hablante actué de forma confiable, ¿en qué condiciones puede decirse que las expectativas son racionales?, ¿de qué expectativas se trata? Si la audiencia espera que el

⁴⁷⁹ Véase distinciones análogas respecto a creer y credibilidad y aceptar y aceptabilidad en Ferrer (2005: 96).

hablante satisfaga su confianza porque actuaría de tal manera incluso si ésta no estuviera, entonces sólo se tienen expectativas inferidas de la regularidad del comportamiento del hablante, pero no se confía.⁴⁸⁰ No se trata de cualquier tipo de expectativas respecto al comportamiento de H, sino de expectativas fundadas en cierto interés de H en A, lo que se suele identificar como el aspecto motivacional de la confiabilidad.⁴⁸¹ ¿Qué *motivaría* a H a actuar de forma confiable? Dentro de todo el conjunto de motivos que explicarían la conducta de H, me centraré en sus intereses, concretamente en el interés de H de ser confiable para A respecto de x. Por lo que no se trata, simplemente, de una mera *coincidencia* de intereses.

Así pues, asumiré que A confía en H si piensa que será interés de H actuar de forma confiable en todo aquello relevante a X en el tiempo T, y que ese será su interés *por que quiere mantener la relación con A* (Hardin, 2002: 13)⁴⁸². Podría ser el caso que perder la relación con A suponga otras consecuencias importantes, por lo que, el interés en mantener dicha relación puede ser debido a esos efectos y no a la relación en sí misma.⁴⁸³ En cualquier caso, adoptando una concepción hardiniana del aspecto motivacional de la confiabilidad, asumiré que confiar es en parte el resultado de las expectativas relativas a que los intereses del hablante *encapsulan* los intereses de la audiencia; es decir,

⁴⁸⁰ Faulkner (2011: 25) distingue entre un sentido predictivo y un sentido afectivo de la noción de confianza. La confianza predictiva dependería de la expectativa de que un resultado o una consecuencia ocurran; en cambio, la confianza afectiva espera ciertas cosas por parte del hablante. Según él (2011: 145ss), lo que *prima facie* llama “confianza predictiva” (dado que luego cuestiona que se trate realmente de “confianza”) es acorde con una teoría reductivista del testimonio.

⁴⁸¹ El aspecto motivacional de la confiabilidad ha sido abordado desde perspectivas muy diversas. Sobre los motivos que pueden ser efectivos para incentivar la cooperación de un individuo a efectos de su confiabilidad, véase, Williams (1988). La teoría de la elección racional (*rational choice theory*), da cuenta de éste a partir de los intereses del individuo. En cambio, Ullmann-Margalit (2004: 63-64), por su parte, se refiere a la *intención* de H por comportarse o actuar de manera tal que promueva los intereses de la audiencia como condición suficiente de la confiabilidad. No se trata de la probabilidad de que H se comporte de tal o cual manera, sino que sea su intención de actuar de manera tal que promueva los intereses de A. Por ello, en opinión de Ullmann-Margalit, esta imputación de intenciones distingue a la confianza (trust) de otras actitudes como la de fiarse (*rely*).

⁴⁸² En la literatura sobre la prueba pericial puede encontrarse en la misma línea a Posner (1999: 75) cuando afirma que un experto que participa una sola vez en un proceso (*one-time expert*) no tiene nada que perder o ganar al ofrecer un testimonio deshonesto o sesgado.

⁴⁸³ Piénsese como ejemplo en la pérdida de reputación que puede provocarle a un individuo perder la relación con otro (Hardin, 2002: 21).

que el hablante asuma como guía para actuar el interés de la audiencia. O, aun en otros términos, que el perito (hablante) se guíe en su actuación por el interés del juez (audiencia) por la averiguación de la verdad, con independencia de que el perito pudiera contingentemente tener otros intereses. Esto, en mi entender, da cuenta del *cuidado* que H debe tener respecto de A o de aquello que importa a A, aun cuando sea a través de cierto interés personal. Dicho interés daría racionalidad a las expectativas de A sobre la actuación de H.

Evidentemente, no sería racional la formación de creencias respecto de dichos intereses si no se cuenta con un mínimo de información sobre aquél en quien se deposita la confianza; por ello, es indispensable cierto conocimiento sobre el hablante que permita a la audiencia confiar.

Jones (1999: 68) identifica las concepciones de la confianza de Hardin, Gambetta y, por tanto, también la que aquí se sostiene, con una “valoración de los riesgos” para confiar. Pues, según él, la confianza resultaría de haber valorado que hay pocos o bajos riesgos de que el hablante actúe de forma contraria a los intereses de A. Es necesario aclarar, no obstante, que no se trata de calcular el riesgo y después, adicionalmente, decidir confiar, sino que la estimación del riesgo es precisamente el grado de confianza (Hardin, 2002: 119). En este sentido, *actuar con base* en la confianza implica cierto nivel de riesgo, pero confiar no implica en sí mismo tomar un riesgo.⁴⁸⁴

Hasta aquí se ha hablado de la confiabilidad de H en términos de que ésta *tenga* ciertos incentivos o, bien, que A tenga razones para creer que H tiene ciertos incentivos para actuar de forma confiable con ella respecto de x. Sin embargo, en gran parte de la literatura sobre la confiabilidad se argumenta que una concepción como la anterior reduce la confianza a los intereses de un

⁴⁸⁴ Aquellos que consideran la confianza como una acción, defienden que confiar en sí mismo implica un riesgo (Baier, 1986: 235), otros añaden que tratar de eliminar ese riesgo podría destruir la propia noción de confianza. En este sentido, afirman que la confianza pura o sustantiva es aquella otorgada cuando menos pruebas se tiene de la confiabilidad del otro. Cfr. McGeer (2008).

sujeto, cuando muchos de los intereses o motivos que puede tener resultan incompatibles con la propiedad de ser confiable, v.gr. con la mala voluntad, la animadversión o el egoísmo. Por ello, para estos teóricos de la confianza, no bastaría que el sujeto esté motivado o tenga ciertas intenciones, sino el *origen* de éstas, i.e., que se trate de las “razones correctas” (Ullmann-Margalit, 2004: 63).

Dese esa perspectiva, las razones correctas que motivarían al sujeto a ser confiable serían su buena voluntad hacia el individuo con el que se relaciona o, en un sentido mucho más amplio, el hecho de ser un sujeto virtuoso con todo aquél con el que se relaciona. Para esta concepción, la confiabilidad sería una virtud, un rasgo del carácter o una disposición moral del sujeto hacia cualquier otro individuo, no sólo en el ámbito de una relación concreta ni hacia un sujeto específico. Potter (2002: 25), por ejemplo, define a un sujeto confiable como “alguien con quien se puede contar, dado el tipo de persona que es, que cuidará aquellas cosas que otros le confían y cuyas formas de cuidarlas nunca son excesivas ni deficientes”.

Pese al interés que pueda tener esta última concepción, la dejaremos de lado dado que un sujeto puede ser confiable pero tener incentivos para actuar de forma no-confiable en un contexto determinado. Así pues consideraré que en todo caso, lo más relevante es que el hablante esté motivado, con independencia del origen de sus motivaciones⁴⁸⁵. Respecto a la concepción de la confiabilidad como la buena voluntad de H hacia A, proveniente de la filosofía moral y que busca atribuir cierta moralidad a la confiabilidad, diciendo que “confiar es [precisamente] depender de la buena voluntad de otros, quizá de una mínima buena voluntad, [que] contrasta con [otras] reacciones y actitudes de otras formas de dependencias...”.⁴⁸⁶ Lo único que puedo decir es

⁴⁸⁵ Por ejemplo, Origgi (2004: 64), piensa que la buena voluntad puede causar que el interlocutor dé lo mejor de sí epistémicamente hablando. Pero, ¿por qué es necesario presumir la buena fe de la audiencia?

⁴⁸⁶ Baier (1986: 234-235). Para ella pareciera que lo que diferencia a la confianza de otras relaciones de dependencia son las respuestas emocionales del sujeto, dependientes de cómo éste valora determinada situación, así afirma que: “Aquel que confía puede ser traicionado

que parece tener lugar en un tipo de relaciones que aquí no cobran interés. Es decir, relaciones más personales, como aquellas “relaciones de dependencia no seleccionadas por uno mismo como las familiares” (Baier, 1994: 114).

Hemos dicho que la confiabilidad de H depende de sus incentivos para satisfacer la confianza de A en un contexto determinado, pero satisfacer la confianza implica *necesariamente* la competencia para realizar las actividades oportunas para lograrlo, además de la responsabilidad para atender a esos motivos y razones; por ello, si se reconstruye la noción de confiabilidad en términos de condiciones necesarias y suficientes, se diría que la competencia y el aspecto motivacional son ambas condiciones necesarias y conjuntamente suficientes de la confianza.⁴⁸⁷

Si confiar es el resultado de ciertas expectativas, diremos que dichas expectativas de la audiencia deben aludir a la competencia y al interés del hablante de continuar la relación con ella, ambas claro está respecto de x. En este sentido, para confiar racionalmente es necesario una valoración de la competencia y el interés respectivo por parte de la audiencia que *justifique* dicha actitud hacia el hablante y, con ello, la adquisición de conocimiento vicario.

(*betrayed*) o, al menos, defraudado (*let down*), no sólo decepcionado (*disappointed*)”. Para Baier (1986: 252) la filosofía moral debería decirnos cómo y por qué debemos actuar y sentirnos de determinada forma en nuestras relaciones con otros, y no dejar dicha tarea a los sacerdotes o a los revolucionarios.

⁴⁸⁷ El llamado “principio del testimonio” propuesto por Hardwig (1991: 697): “Si A tiene buenas razones para creer que B tiene buenas razones para creer que p, entonces A tiene buenas razones para creer que p”, parecería versar fundamentalmente sobre la competencia del hablante, olvidando el aspecto motivacional de la confiabilidad. Sin embargo, en páginas posteriores (1991: 700) el autor afirma que las buenas razones de A dependen de si B es sincero, además de su competencia; aludiendo luego a que la fiabilidad de la *creencia* de A depende de la fiabilidad del carácter de B, estando este constituido por cualidades morales y epistémicas (competencia, trabajo concienzudo y autoevaluación epistémica). La discusión moral puede ir mucho más allá si, por ejemplo, nos preguntamos si el carácter moral al que Hardwig hace referencia trata de la naturaleza de las acciones o, por el contrario, de los resultados de las acciones. Sobre este principio y la prueba en el contexto judicial, véase Herdy (2014).

Ullmann-Margalit (2004: 63), por su parte, explícitamente afirma que, en su opinión, la competencia no tiene el mismo peso que el elemento motivacional en la confiabilidad. Y, en la misma línea, el propio Hardin (2002: 8) afirma que el problema de saber cuán competente es un individuo puede dar lugar a un libro por sí mismo, por lo que él se concentra únicamente en el aspecto motivacional de la confiabilidad.

2.3. La confiabilidad, el testimonio experto y el proceso judicial

Una vez establecidos los límites y las características generales de las nociones de confianza y confiabilidad asumidas en este trabajo, corresponde pasar a la valoración de las condiciones de la confiabilidad de un perito a efectos de considerar justificada la confianza del juez en él, i.e., su competencia y su interés en continuar la relación correspondiente. Pero, antes de pasar a analizar cada uno de los elementos de la confiabilidad del perito, es necesario articular los temas hasta ahora abordados, el testimonio y la confianza, pero además hacer algunas especificaciones del tipo de testimonio que nos ocupa (i.e., el testimonio experto) y el contexto en el que estamos (el proceso judicial).

En la literatura sobre el testimonio se suele hacer especial énfasis en que se pretende dar cuenta del testimonio ordinario, esto es, de aquél que no supone una especial pericia y que se ofrece en contextos de la vida cotidiana. Así, la concepción de las razones interpersonales para la reconstrucción del testimonio parece considerar como casos paradigmáticos aquellos en los que el hablante primero da cuenta de X y, posteriormente, la audiencia confía, previa la valoración de la confiabilidad del hablante, y adquiere con ello conocimiento vicario. En cambio, en mi opinión, cuando se trata de un testimonio que supone cierta *expertise*, la audiencia primero podría evaluar la confiabilidad de un posible hablante y después, en un segundo momento, éste dar cuenta de la información que se le solicita.⁴⁸⁸

A diferencia de la prueba pericial de parte, donde al juez le son presentadas ciertas afirmaciones de un supuesto experto elegido por un tercero, en la prueba pericial de confianza del juez el experto sería seleccionado por quien ha evaluado las necesidades epistémicas del caso en cuestión, estableciendo los

⁴⁸⁸ Como muchas veces sucede en la vida ordinaria cuando, por ejemplo, buscamos un médico que diagnostique los síntomas que sufrimos. Primero generalmente comprobamos al menos alguno de los elementos de su confiabilidad (fundamentalmente su competencia) antes de pedirle su diagnóstico.

extremos del peritaje.⁴⁸⁹ En ese sentido, el juez se pondría en cierto tipo de relación epistémica con el perito seleccionado. Ahora bien, si como se ha dicho, mediante el acto de dar cuenta de p el perito *qua* hablante asume cierta responsabilidad epistémica ante el juez como audiencia,⁴⁹⁰ entonces se constituiría una interrelación bidireccional entre los participantes del testimonio.

La atribución de conocimiento relaciona a aquellos que tienen dicho conocimiento con aquellos que, digamos, pretenden usarlo o consumirlo. En este sentido, el acercamiento a la *expertise* sería relacional, permitiendo identificar y describir las características y dinámicas de dicha relación. Una relación que implica la confianza y, como veremos, la deferencia.⁴⁹¹

Pero, entiéndase bien, las razones que se tienen para confiar justificarían que se adquiriera conocimiento vicario; sin embargo, por sí mismas no justifican el conocimiento así adoptado: no hay un paso automático de la confianza en el hablante a la aceptación del testimonio ofrecido por éste (Moran, 2005: 24;

⁴⁸⁹ Este objetivo es distinto al planteado por Goldman (2001), quien dice estar preocupado en cómo las personas legas pueden evaluar el testimonio de expertos básicamente decidiendo entre dos o más expertos rivales cuál de es más creíble o confiable. Concretando esto en la pregunta: ¿cuál de los dos tiene mayor *expertise*? Esto tiene, en mi opinión, el problema de que reduce la confiabilidad a una de sus condiciones necesarias, la competencia, ignorando el aspecto motivacional, aunque luego menciona como una de las “fuentes de prueba para confiar” a los intereses y los prejuicios con respecto a la cuestión en juego. Y, además, que la elección es a posteriori.

⁴⁹⁰ Recordemos lo dicho anteriormente: el acto de dar cuenta (*telling*) supondría la intención explícita del hablante de compartir información con la audiencia y su expectativa de que se crea en su palabra respecto la verdad de p.

Tanto la literatura sobre el testimonio como aquélla sobre la confianza aluden a ciertas similitudes con las promesas. Así, por ejemplo, Hardin considera que actuar de forma confiable es asimilable a mantener una promesa (*promise keeping*) –y no al acto de formular una promesa-. El hablante confía y se espera que la audiencia satisfaga la confianza.

⁴⁹¹ En la introducción a *The Philosophy of Expertise*, Evan Selinger y Robert P. Crease (2006: 5 ss) distinguen tres posibles acercamientos a la cuestión de la *expertise*: a) como una relación entre aquellos que la “tienen” y aquellos que la “consumen”; b) desde su ámbito fenomenológico para clarificar su estructura y el proceso de adquisición de los conocimientos necesarios; y, finalmente, c) desde el punto de vista de su externalización, enfocándose en el impacto social y las implicaciones de la misma. En este capítulo se aborda la *expertise* principalmente como relación, puesto que el interés se centra en la adquisición de conocimiento experto del juez mediante el perito de confianza. Sin embargo, aunque no pretendo dar cuenta de lo que es *ser* experto, será necesario identificar, para el objetivo planteado, también algunas de las características fenomenológicas de la *expertise* a efectos de establecer adecuadamente la relación en comento.

McMyler, 2011: 101)⁴⁹². Tal como dice McMyler (2011: 137), las primeras funcionan como lo hacen las pruebas que pudiéramos tener sobre las condiciones de la luz y el adecuado funcionamiento de los órganos de la percepción cuando se trata de creencias basadas en la percepción. Si el testimonio es una fuente de conocimiento vicario, el interés principal se centra en el conocimiento adquirido o generado precisamente sobre la base de aceptar el contenido de un testimonio. Y, por ello, el conocimiento vicario estará justificado por la apelación a la autoridad y responsabilidad epistémicas del hablante (McMyler, 2011: 60), jugando éste un rol irreductible.⁴⁹³

En lo que toca a la prueba pericial emitida por un perito de confianza del juez, el ejercicio de su responsabilidad epistémica tiene que verse reflejado sobretodo, aunque no sólo, en el ejercicio del principio de contradicción que hacen las partes al cuestionar lo hecho y/o lo dicho por éste ante el juez. Y *si* el perito satisface entonces adecuadamente su responsabilidad,⁴⁹⁴ el juez tiene que *explícitamente* deferir en la autoridad teórica del perito.

Pero ¿qué importancia epistémica tendría la asunción de responsabilidad y/o la relación de confianza entre la audiencia y el hablante? Faulkner ofrece un argumento que, en mi opinión, es adecuado para responder a esta cuestión al decir que intrínsecamente valoramos la confianza y la confiabilidad como

⁴⁹² En un sentido semejante, Faulkner (2011) sostiene que no hay un paso automático de la aceptación del testimonio de que p a la creencia de que p.

⁴⁹³ Bajo este esquema, entonces, la práctica de ofrecer un testimonio y creer en el contenido de éste es constitutivamente dependiente de ciertas expectativas normativas compartidas por las dos partes que participan en ella (Simpson, 2013: 305).

⁴⁹⁴ Podría surgir dudas como la afirmada por Damaška (2003: 128):

En lugar de implorar a la divinidad, ahora apelamos al conocimiento científico. Pero, ¿cómo nuestros juzgadores de los hechos, inseguros de los conceptos básicos de una disciplina, penetran en sus complejidades, dejando de lado el arbitraje de disputas entre sus sumos sacerdotes? Confiar en el comportamiento de los expertos o en sus credenciales es cognitivamente sospechoso, y se asemeja a dejar a la suerte la resolución de un caso difícil.

Crítica que no tiene cabida aquí dado que la valoración de la confiabilidad del perito, que además no sólo implica sus credenciales, sólo es condición necesaria para establecer cierto tipo de relación con él, pero luego faltará por evaluar si realmente ha satisfecho su responsabilidad epistémica y ofrece al juez elementos adecuados para la toma de su decisión.

precondiciones de nuestras prácticas testimoniales.⁴⁹⁵ Estamos justificados en confiar en la responsabilidad del hablante. La confianza es tanto interpersonal como epistemológicamente significativa.

Por otro lado, y antes de pasar al análisis de la competencia del perito *qua* hablante, conviene explicitar una de las dificultades de los modelos de la confianza en general y, en particular, del adoptado aquí: la capacidad de dar cuenta de las *redes de confianza*. Como afirma Baier (1986), “la actitud de cualquier persona hacia otra en una relación de confianza dada está limitada por otras relaciones de confianza y desconfianza en las que ella está implicada”.

El tema que nos ocupa, el testimonio experto en el contexto jurídico-procesal, en mi opinión, exige considerar precisamente otras relaciones de confianza y desconfianza relevantes para la relación entre un juez y un perito concreto; relaciones que tienen lugar tanto en el funcionamiento de la comunidad de especialistas en juego como en la comunidad jurídica relevante.⁴⁹⁶ Respecto esta última cuestión, por ejemplo, la información que tengan otros jueces sobre el comportamiento de los peritos en otros casos debería estar disponible para el resto de operadores jurídicos de la comunidad correspondiente a efectos de tener más información para evaluar su confiabilidad respecto de x; sobretodo cuando haya habido un manifiesto comportamiento inadecuado del perito en turno. En este sentido, se hace necesario prever mecanismos que permitan la publicidad de esta información.⁴⁹⁷

⁴⁹⁵ Al respecto, véase también Holton (1994: 11), quien afirma que la confianza es algo que valoramos en sí misma.

⁴⁹⁶ Así pues, en una comunidad de expertos concreta puede ser adecuado deferir en sus expertos, mientras en otra comunidad no, dependerá precisamente de ese marco social (Kornblith, 1994: 98).

⁴⁹⁷ En este sentido, Ledesma Ibáñez (2006: 47), criticando acertadamente el nombramiento de un perito oficial mediante el sistema de lista corrida, enfatiza que se echa en falta “la inexistencia de algún tipo de mecanismo en cuya virtud el órgano judicial pueda promover la exclusión de las listas de determinados peritos”. Por supuesto, este párrafo alude precisamente a dichos mecanismos, sin embargo, como se verá, tal como suele funcionar ahora, el sistema de lista corrida es epistemológicamente muy cuestionable.

Una última cuestión de suma relevancia antes de pasar al siguiente apartado, es que dado el aspecto normativo de la confiabilidad (se debe confiar en quien es confiable) y considerando el aspecto social de la confianza antes mencionado, cuando se habla del perito de confianza del juez habría que entender que en realidad se trata de perito de confianza de *los jueces*, i.e., que *ceteris paribus* lo sería para cualquier juez que tuviera que conocer del caso.⁴⁹⁸ Ahora bien, tanto por simplicidad expositiva como para enfatizar la valoración que hace el juez respectivo, algunas veces (he hablado y) hablaré también del perito de confianza del juez.

Dicho esto pasemos al análisis de las diversas etapas procesales, admisión, práctica y valoración de la prueba pericial ofrecida por un perito de confianza del juez tomando en consideración lo visto hasta ahora.

3. De la admisión y designación de los peritos de confianza de los jueces

En primer lugar es necesario diferenciar la facultad de proponer medios de prueba y la facultad de designar a un perito concreto, cualquiera de ellas podría corresponder tanto a las partes como al juez. La facultad de reunir pruebas, o proponer pruebas tiene que ver fundamentalmente con la definición de la función del juez, concretamente con la atribución a éste de poderes de instrucción,⁴⁹⁹ e indirectamente con la ideología que se sostenga sobre la función del proceso en cuestión y la decisión con la que éste concluye, siendo ambas decisiones de política pública, pese a su interés, rebasan con mucho los objetivos de este capítulo.⁵⁰⁰ Centremos, entonces, en la designación del perito

⁴⁹⁸ Quizá también habría que preverse posibles límites para que un perito de confianza del juez no cambie en caso de que cambie el juez que le ha seleccionado, presuponiendo sobretodo la normatividad de la confiabilidad del perito.

⁴⁹⁹ Lo que, desde luego, no implica que las partes tengan cierto control sobre tales facultades. Al respecto, Taruffo (2008: 180 ss) observa que:

... en los sistemas que cumplen verdaderamente con las garantías de defensa dichos poderes [i.e. los poderes de control y de iniciativa probatoria] deben ejercerse en el pleno cumplimiento del principio de contradicción entre las partes, con el derecho de éstas de objetar las iniciativas del juez y de proponer pruebas que a partir de dichas iniciativas se consideren convenientes.

⁵⁰⁰ Usando una distinción planteada por Taruffo (2008: 111), podríamos hablarse de sistemas probatorios más o menos centrados en las partes y sistemas probatorios más o menos

por parte del juez, suponiendo, como se ha dicho ya, que es perfectamente posible diferenciar quién ha propuesto un elemento de prueba y quién tiene la facultad de designar al perito.⁵⁰¹

En tales circunstancias es posible prever al menos los siguientes casos en que el juez pudiera *designar* a un perito:

- a. En procesos no dispositivos o cuando sea facultado por el legislador, en ejercicio racional de su facultad discrecional de proposición de elementos de juicio.
- b. A instancia de las partes en prácticamente cualquier tipo de proceso.⁵⁰²
- c. Una vez practicadas las pruebas periciales de parte y/o otros elementos de prueba presentados por las partes y/o pedidos por el propio juez, solicitadas por éste para complementar el conjunto de pruebas⁵⁰³

centrados en el tribunal. Así, al abordar estas cuestiones, se evita apelar a la distinción entre sistemas inquisitivos y adversariales con toda la fuerte carga ideológica que suponen.

Ahora bien, es importante notar que dichas facultades probatorias pueden existir en los ordenamientos jurídicos y, sin embargo, ser poco ejercitadas en la práctica por los juzgadores, como sucede en el caso estadounidense. También conviene advertir que dichas facultades suelen ser, actualmente, complementarias y supletorias a la iniciativa probatoria de las partes cuando las pruebas presentadas por éstas resultan insuficientes o inadecuadas; piénsese como ejemplo en las llamadas “diligencias para mejor proveer” o en las “diligencias finales”.

En todo caso, si se está interesado en la calidad de la decisión, es decir, en que se trate de una decisión que debe estar fundada en la verdad y con miras a la justicia, parece sumamente difícil sostener, a su vez, el monopolio exclusivo de la iniciativa probatoria de las partes (de las que al menos una de ellas no tiene por qué estar interesada en que la verdad sea descubierta). Al respecto, véase Damaška (1991: 212) y Taruffo (2008: 159 ss).

⁵⁰¹ Incluso se podría distinguir entre la facultad de indicar los puntos relevantes objeto de prueba y la facultad de indicar los medios de prueba idóneos para resolver estos puntos; así, por ejemplo, la primera podría ser señalada por las partes, mientras la segunda resuelta por el juez. Tal como se establece en *Fundamental Principles of Transnational Civil Procedure*. Normalmente, con el principio de dispositivo se presta fundamental atención a la imposibilidad de introducir hechos distintos de los alegados por las partes.

⁵⁰² Podría agregarse incluso en “diversas circunstancias procesales” pues no sólo tiene cabida la instancia de parte al momento inicial del juicio, por ejemplo, con la demanda o la contestación de la demanda si se trata de un proceso civil. Pensemos en la relativamente novedosa previsión normativa española de la “integración judicial” de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000: el juez señala una insuficiencia de prueba y una prueba para remediarla pero cuya proposición no puede acordarse de oficio sino que requiere previa instancia de parte. Al respecto, véase Abel Lluch (2005: 49 y 50; y, especialmente, el capítulo II).

⁵⁰³ Obsérvese que hago hincapié en el objetivo de esta posibilidad, con independencia del nombre o el tipo de resolución judicial implicada. Aunque son generalmente conocidas las llamadas “diligencias para mejor proveer”, prefiero evitar cualquier tecnicismo y sólo concebir la opción de una especie de segundo momento o fase de presentación y admisión de elementos de juicio. En todo caso, se debe tratar de una resolución adecuadamente motivada.

Más allá de discutir los casos concretos en lo que el perito pueda ser designado por el juez,⁵⁰⁴ es indispensable decir que dada esta pluralidad de situaciones, los criterios para admitir u ordenar una prueba pericial de confianza del juez varían; aunque, por supuesto, como en cualquier elemento de juicio que pretenda introducirse al proceso, tiene que pasar por el filtro de la relevancia. Sin embargo, al igual que la prueba pericial de parte, podría haber otros tantos criterios implicados más allá de la relevancia. Si tomamos como ejemplo el inciso c, una vez practicadas otras pruebas, parece que puede estar implícita una valoración sobre la *suficiencia* de las pruebas inicialmente aportadas y practicadas,⁵⁰⁵ o, quizá en la mayoría de los supuestos, encontramos también cuestiones de economía procesal, muchas veces enfatizados cuando el peritaje recaería sobre aquello que ha sido el mismo objeto de peritajes anteriores.

Un aspecto que puede ser problemático al afirmar, como se ha hecho en este trabajo, que el perito de confianza del juez debe satisfacer lo que éste considere como necesidades epistémicas del caso en atención al conjunto de

Por supuesto, una cuestión diversa es el análisis de las características de este tipo de institución (por ejemplo, si tienen que ser excepcionales o no); sus limitantes (v.gr. que no suplan la inactividad de las partes); las facultades de las partes frente al ejercicio judicial de estas (la posibilidad de recurrir este tipo de decisión, etc.).

⁵⁰⁴ Un interesante caso que parece no caer en ninguno de los supuestos anteriores lo brinda la Suprema Corte mexicana en la resolución de una serie de amparos interpuestos por militares portadores de VIH. Donde el conocimiento experto no tenía que ver con la premisa fáctica sino más bien con la premisa normativa del caso, pues las normas impugnadas requerían diferenciar entre el SIDA y el VIH, el impacto de la seropositividad en las actividades cotidianas, los tratamientos existentes y sus costos, etc. Concretamente, estas cuestiones ayudarían a la Corte a resolver si la seropositividad permitía incluir dentro de la categoría de inutilidad a los militares portadores del virus. Para ello, uno de los Ministros, J.R. Cossío, envió un cuestionario, con lo que supongo consideró las necesidades epistémicas para resolver el caso, a la Academia Mexicana de Ciencias. Sobre este caso, véase Pou (2012).

⁵⁰⁵ Aunque también tienen cabida otros supuestos como las pruebas no-propuestas, o pruebas propuestas pero inicialmente no admitidas e incluso las pruebas propuestas y admitidas pero finalmente no practicadas.

Por otro lado, por ejemplo, Abel Lluch (2005: 93) considera que la intervención del juez en las diligencias para mejor proveer, en aquellos casos en que éstas son posibles, “tiene su fundamento ... en la posibilidad de reforzar la convicción judicial”. Como lo he dicho en diversas ocasiones, este trabajo presupone una concepción de la prueba judicial que tiene como objetivo la averiguación de la verdad y no un estado mental del juez; por ello, sostengo que dichas diligencias deberían servir para decidir sobre la suficiencia o insuficiencia de las pruebas para resolver si está probado que P.

elementos de juicio disponible es que la solicitud de las partes *podría* hacerse en un momento en que el juez no disponga de la información suficiente como para resolver precisamente sobre la necesidad de nombrar un perito.

En todo caso, bajo la concepción del testimonio que sostiene que éste ofrece razones interpersonales, desarrollada en las páginas precedentes, la designación del perito debe tenerse como primordial, puesto que con quién se establece la relación en cuestión será determinante tanto para la práctica del testimonio pericial como para su valoración. Para hacer dicha designación, entonces, el juzgador deberá hacer una valoración sobre la confiabilidad del perito, no enfocándose única y exclusivamente, como se suele sugerir, en la imparcialidad de origen del perito correspondiente en *un* momento determinado.⁵⁰⁶

Una de las tareas fundamentales del juez en este modelo de testimonio pericial es la atribución de conocimiento al tercero con quien potencialmente establecerá una relación de confianza, reconociéndole, primero, como autoridad teórica.

3.1. Autoridad teórica o epistémica

La autoridad teórica o epistémica del perito sería aquello que justificaría *la creencia* implicada cuando el juez confía en él para X o, en otras palabras, el tipo de razones para confiar provenientes de cierta evaluación de la confiabilidad del perito para X. Tal como se hizo con la noción de “confianza”, también aquí procederé delimitando primero las características generales de este tipo de autoridad para después analizar los elementos que la conforman.

⁵⁰⁶ Entre otros, un ejemplo puede verse en Abel Lluch (2005: 250) que al defender el nombramiento directo del perito por parte del juez en algunos procesos no dispositivos afirma que “... en tales supuestos, sea el juez quien designe como perito a la persona que mayor imparcialidad le merezca...”.

Si se retoma la idea de que un sujeto H está mejor posicionado epistemológicamente que A respecto a X, hay que distinguir al menos dos categorías posibles, una simplemente espacio-temporal y otra que supone ciertas habilidades especiales (Fricker, 2006: 233). Así pues, H puede ser autoridad para A si ha presenciado un evento que A simplemente no presencié o si aun presenciándolo H estaba mejor ubicado físicamente para observarlo.⁵⁰⁷ Sin embargo, el tipo de autoridad que aquí interesa es más bien estable e intrínseca,⁵⁰⁸ relacionada con propiedades internas o personales del sujeto, una autoridad que se deriva de cierta educación o entrenamiento de éste.

La segunda cuestión general sobre la autoridad epistémica que me interesa recalcar es que se trata de una propiedad relacional o triádica y no monádica. Como se ha venido apuntando en la fórmula A confía en H *para* X o H es autoridad para A *respecto* X, la autoridad es únicamente respecto de X y en un tiempo determinado. Así pues, la autoridad epistémica no tiene un efecto halo ni es indefinida en el tiempo.⁵⁰⁹ En este sentido, la autoridad teórica no es como la propiedad de ser alto o ser blanco, que son monádicas.

⁵⁰⁷ Pensemos, por ejemplo, en Gonzalo y Max, dos amigos que se encuentran en el teatro, ambos con las mismas capacidades visuales y de memoria. Gonzalo está ubicado en las filas VIP cercanas al escenario, mientras Max está parado en las gradas generales a varios metros del escenario. En principio, Gonzalo estará mejor posicionado respecto a lo que sucede en el escenario que Max. Más clara es esa posición si Max directamente no ha asistido al teatro y Gonzalo sí. Ahora bien, esa autoridad de Gonzalo respecto a Max es meramente contingente y extrínseca. Y, desde luego, es el tipo de autoridad en la que estaríamos interesados para la prueba testimonial no experta.

⁵⁰⁸ En esta categoría, a su vez, podemos distinguir dos situaciones: una de ellas, por así decirlo, física o congénita, mientras la otra es más bien adquirida. Volvamos al ejemplo de Gonzalo y Max, los dos van al teatro y están sentados uno al lado del otro en la zona VIP, pero supongamos que en este caso Max es ciego. Para Max, Gonzalo, que está mejor equipado cognitivamente en ese contexto, será autoridad teórica respecto lo que pase en el escenario. Si ambos tienen las mismas habilidades cognitivas, pero, en cambio, Max, tiene cierto talento, habilidades o conocimiento sobre el tipo de representación teatral a la que asiste con Gonzalo, Max será autoridad epistémica para Gonzalo.

⁵⁰⁹ También llama la atención sobre este punto Kitcher (1994: 316) en la filosofía de la ciencia, al distinguir entre la atribución de "autoridad" y de "crédito"; mientras la primera es *topic-relative*, el segundo se basa en una evaluación global de *todas* las contribuciones de un científico. Volveré sobre este punto más adelante.

Llegados a este punto, resulta oportuno analizar las condiciones bajo las cuales podemos decir que alguien es “autoridad epistémica” o, en otras palabras, aquello que se entendería que A reconoce cuando acepta a H como autoridad teórica⁵¹⁰. En principio diríamos que, como afirma Bayón, “A tiene razones para creer que H está en mejores condiciones que ella para determinar qué es en un caso dado lo que resulta del balance de razones que A acepta”; o, siguiendo a Hardwig, que “A tiene buenas razones para creer que H tiene buenas razones para creer que p”. La relación de autoridad supone, pues, que H está *mejor posicionado* que A respecto X, y lo estará cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a. Se cuente con información de que H *sabe cómo* llevar a cabo X, es decir, las actividades para conocer la verdad de una proposición p
y
- b. Existan criterios socialmente compartidos para evaluar la corrección de p.

⁵¹⁰ Una distinción previa sobre el concepto de “autoridad” en el ámbito de la autoridad práctica puede ser quizá de utilidad para enfatizar que la atribución de autoridad epistémica supone la valoración de ciertas características del sujeto en cuestión. Me refiero a la distinción entre autoridades de facto y autoridades legítimas.

Los enunciados del tipo “H tiene autoridad” o “H es una autoridad justificada” o “H es autoridad justificada en X” sufren de una ambigüedad que es necesario explicitar (Bayón, 1991: 605). Pueden ser enunciados *descriptivos* y, por ello, susceptibles de verdad o falsedad; pero también pueden ser enunciados que *expresan* juicios prácticos, que no susceptibles de verdad o falsedad sino que constituyen un acto de aceptación de ciertas razones para actuar. Los primeros constatan, por así decirlo, que en H concurre una propiedad, la propiedad de ser autoridad. Los segundos son genuinos juicios prácticos de primer orden mediante los cuales A acepta razones para obedecer a H.

En este sentido, se suele hablar de “autoridad de facto o efectiva” y “autoridad justificada o legítima”, siendo la primera conceptualmente dependiente de la segunda (Bayón, 1991: 617-618). Así pues, decir que H tiene autoridad de facto describiría el hecho de que un número suficiente de individuos lo reconoce como autoridad justificada. Esta autoridad efectiva, sin duda, podría servir como razón auxiliar para aceptar la autoridad de H si, por ejemplo, la ocurrencia de algún hecho (como que otros acepten la autoridad de H o, incluso, la capacidad de H para resolver alguna clase de problemas) determina o contribuye para el juicio de A. Pero la noción primaria de autoridad es precisamente la autoridad justificada o legítima, va de sí: “no reconocer una autoridad es negarla y, por eso, destruirla” (Kòjeve, 2004: 38). No es posible, entonces, distinguir la noción de autoridad del *juicio de atribución* de autoridad.

El siguiente epígrafe tiene como objetivo abordar la primera condición mediante la distinción entre saber cómo y saber qué, pero antes de pasar a ello habría que hacer alguna especificación con respecto a la segunda condición.

Como se ha dicho, aprender del testimonio de un experto sólo sería posible en dominios donde tenga sentido evaluar que una persona está mejor posicionada que otra. Y evaluar si alguien está mejor posicionado que otro supondría que existen criterios socialmente compartidos para determinar la corrección del conocimiento experto, i.e. criterios de corrección del ámbito en cuestión independientes del sujeto H.⁵¹¹

Es importante aquí explicitar los dos sentidos de la palabra “conocimiento”, que al sufrir de la ambigüedad conocida como “proceso-producto”⁵¹² podríamos usarla para aludir tanto al *proceso* que conlleva la actividad de conocer como al *resultado* de ese proceso. Y es precisamente en los resultados donde habría que centrarse dado que los expertos difunden en sus respectivas comunidades proposiciones que han sido evaluadas (Shoegenji, 2012: 63). Ahora bien, esa evaluación de proposiciones a nivel social debería estar fundada en las pruebas y el razonamiento disponible para los expertos relevantes en la comunidad. Eso sí, como advierte Haack (2007: 106), hay que diferenciar los grados de prueba y lo que podría llamarse “reglas de aceptación o de rechazo”.

⁵¹¹ Al respecto es muy oportuna la crítica de Peirce (1931: 5.402n2) al cartesianismo como una doctrina que nos enseña que el último test de certeza debe ser encontrado en la consciencia individual, en los siguientes términos:

Sabemos que un hombre solo no basta en tanto esté él solo Particularmente, que la experiencia de un hombre es nada si es única. Si un hombre ve lo que otros no pueden ver, entonces le llamamos alucinación. No es “mi experiencia” sino “nuestra experiencia” la que debe tomarse en cuenta; y ese “nuestra” tiene infinitas posibilidades.

⁵¹² “Proceso” debe entenderse en un sentido amplio, como actividad o práctica continua que incluye interrelaciones y estructuras diversas, y que *no* refiere a un *sólo* objeto o a una *única* ocasión o a un *único* método. En este sentido, podríamos decir que el *proceso de conocer* tendría un marcado carácter social en el que, de muy diversas y complejas maneras, están implicados distintos sistemas u organizaciones que coordinan esfuerzos individuales estableciendo, muchas veces, redes de cooperación (algunas veces incluso con el objetivo de no desperdiciar esfuerzos en la duplicación). En la misma línea, pero respecto a la investigación científica, véase Haack (2007: 106): “[e]l carácter social de la investigación científica, algunas veces visto como una amenaza a sus pretensiones epistémicas, es mejor concebido como otro tipo de ayuda falible. El trabajo científico... es complejo, intrincado, multifacético.”

Sin embargo, es necesario ser cuidadoso en no caer en un simple contextualismo o tribalismo o relativismo, i.e., creer que los criterios para ello empleados son “verdaderos” o “correctos” únicamente en función de cierto grupo al que se pertenezca; sino que es indispensable reconocer también cierta independencia a la comunidad en cuestión (Haack, 2009: 269)⁵¹³. Habría que andar con cuidado para asegurarse que dichos criterios sean de hecho exitosos en sus afirmaciones y predicciones sobre el mundo.

Como Haack advierte (2013: 573):

“La verdad no depende de lo que nosotros creemos o aceptamos, no es relativa a la cultura, a una teoría o a un individuo... Sin embargo, algunas verdades son tales en virtud de algo que nosotros hacemos[,] de lo que creemos [y] algunas sólo tienen sentido relativizadas a un tiempo, a un lugar o a una cultura. Por otra parte, algunas proposiciones verdaderas son en algún grado vagas, otras son más precisas; algunas son, en una u otra forma, parciales y otras más completas. La verdad en pocas palabras, es simple; las verdades, en cambio, no lo son.”

Estas cuestiones permiten considerar la posibilidad de que alguien está mejor posicionado que otro en el ámbito del conocimiento experto y, por ello, poder asignarle autoridad teórica. Dicha autoridad, como se ha dicho, es un elemento necesario para que el juez se sitúe en una relación de confianza con el perito que justifique la adquisición de conocimiento vicario.

⁵¹³ Algo similar advierte Alston (1994):

Es, claramente, un hecho social que una práctica dada es considerada fiable en una sociedad determinada o que hay estándares de racionalidad que son socialmente aceptados y sancionados con los cuales se evalúa si es racional considerar que una práctica es fiable.

3.1.1. Saber cómo y saber qué

Una distinción que cobra relevancia en este contexto es aquella entre *saber que* algo es de una manera u otra y *saber cómo* llevar a cabo cierto tipo de actividades.⁵¹⁴ El primero es el llamado saber proposicional mientras el segundo está vinculado a capacidades prácticas, a la posesión de una habilidad o capacidad.⁵¹⁵ Así pues, poseer conocimientos sobre X no es lo mismo que tener la experiencia práctica de hacer X.

Distinguir estas dos cuestiones permite salvar, a la hora de caracterizar la *expertise*, el obstáculo que Collins y Evans (2007: 53) ponen de manifiesto: reducirla al criterio formal de las calificaciones, credenciales o acreditaciones. Esta distinción, además, permite no comprometerse necesariamente con su sugerencia de otorgar mayor importancia a la experiencia, dado que en la gran mayoría de las veces dicha experiencia requiere cierto conocimiento proposicional.⁵¹⁶

Así pues, el conocimiento de un sujeto experto no sólo se articula en un cúmulo de proposiciones, sino también de habilidades o capacidades no necesariamente explícitas en principios o teorías.⁵¹⁷ Esto es coherente con la

⁵¹⁴ Cobra importancia abordar aquí algunas cuestiones sobre qué es *ser* experto, con cierta independencia de la *expertise* como relación que ha estado subyacente en el resto del capítulo, fundamentalmente porque el perito de confianza del juez realiza actividades periciales dentro del marco del proceso. Es decir, el perito de confianza del juez *hace*, no solo *dice*.

⁵¹⁵ Un ejemplo clásico es andar en bicicleta: es posible que un individuo tenga todos los conocimientos sobre las partes de una bicicleta, los movimientos que se deben hacer y los que no se deben hacer, los músculos que trabajan al realizar tal actividad, etc., pero bien podría no saber andar en bicicleta.

⁵¹⁶ Por ejemplo podría compararse tener ciertos conocimientos en cirugía y ser un buen cirujano; aunque, claramente, un individuo sin conocimientos en cirugía no podría ser un buen cirujano. El cirujano debió adquirir conocimiento proposicional durante su formación profesional y/o mediante sus propias inducciones y observaciones, pero también hubo de adquirir en la práctica un gran número de habilidades. Por ello, se afirma que para adquirir estas capacidades es necesario tener alguna aptitud proposicional; aunque bien es cierto que de la actualización de esas capacidades no se infiera la actualización de sus aptitudes proposicionales (Ryle, 1949).

⁵¹⁷ Una discusión interesante en epistemología es si ese conocimiento implícito en prácticas sería objeto de estudio únicamente cuando es posible articularlo proposicionalmente (Martínez, 2003: 43 ss). Podría parecer que Goldman (2006: 19) afirma lo contrario cuando dice que “para calificar como un experto cognitivo, una persona debe poseer un cuerpo sustancial de verdades en el dominio en cuestión”: así define a los expertos cognitivos como “individuos que

idea de que generalmente no se considera a P como experto por la manera en que toma en cuenta las prescripciones que determinan cómo llevar a cabo su especialidad, sino por la manera en que la realiza.⁵¹⁸

Obviamente, hay que diferenciar entre este tipo de acciones inteligentes y los simples hábitos o reflejos: las primeras están de algún modo alertas al error y al aprendizaje a partir de éste, los segundos son sólo réplicas o automatismos.⁵¹⁹ Aunado a ello, la actualización del saber hacer comprende la observancia de reglas o cánones o la aplicación de criterios, aunque, como ya se ha dicho, tampoco consiste en una sucesión de actos de aceptación de máximas teóricas que luego se llevan a la práctica; saber cómo aplicar máximas no puede reducirse ni derivarse de su aceptación. La leyenda intelectualista, como es caracterizada por Ryle, asimila saber *cómo* con saber *que*, al sostener que la acción de un sujeto muestra inteligencia si en su ejecución ha observado reglas o aplicado criterios: si piensa mientras hace. Si acudimos nuevamente a las palabras de Ryle (1949: 42):

[d]e acuerdo con esta leyenda, hacer algo pensando en lo que se está haciendo, es hacer dos cosas: tener presentes ciertas proposiciones adecuadas y poner en práctica lo que las mismas indican. Es hacer un

tienen (o afirman tener) una cantidad o nivel superior de conocimiento en algún campo y una habilidad para generar nuevo conocimiento para responder a las preguntas que puedan formularse dentro de dicho campo". Aunque luego termina admitiendo que hay elementos de habilidades o del saber-como en las cuestiones intelectuales también, dado que no hay una línea de división tajante entre ambos.

⁵¹⁸ Dreyfus y Stuart (1986), por ejemplo, han distinguido cinco fases en el proceso de adquisición de habilidades de un experto: novato, principiante avanzado, competente, dominio absoluto (*proficiency*) y experto. En su opinión, a lo largo de este proceso hay tal perfeccionamiento de habilidades intuitivas que "llegan a ser tan parte del experto que éste se vuelve tan inconsciente de ellas como lo es de su propio cuerpo". También algunos teóricos interesados en la representación del conocimiento experto consideran que el experto tiende a ser menos consciente de los métodos que usa y que incluso llega a ser difícil que explique cómo desarrolla determinada actividad. Bajo este esquema, curiosamente, las actividades del experto *qua* experto parecen "arracionales", intuitivas. A esta situación, Johnson (1983: 79) la ha llamado "la paradoja de la pericia". Ahora bien, creo que se debe distinguir este estado de inconciencia de la posibilidad de explicar lo que se hace cuando se le pregunta al experto qué hace o por qué lo hace; en esta última, en principio, un experto debería ser capaz de articular las razones relevantes.

⁵¹⁹ Evidentemente, estamos interesados en el conocimiento proposicional, pero también en la capacidad del experto para descubrir verdades por sí mismo y la habilidad para organizarlas y aprovecharlas; en su capacidad para detectar y corregir errores, repetir y mejorar éxitos, etc.

poco de teoría (una operación fantasmal cognitiva que no observamos) y, luego, un poco de acción.

Pero, si no es así, entonces, ¿cuál sería una adecuada caracterización de ese conocimiento que posee P? En términos generales, podría decirse que la *expertise* es una propiedad disposicional. Citando una vez más a Ryle (1949: 47):

... una habilidad no es un acto. En consecuencia, no es algo observable ni tampoco no observable. Llegar a reconocer que una acción es el ejercicio de cierta habilidad, es apreciarla a la luz de un factor que no puede fotografiarse. Pero esto no se debe a que sea un acontecimiento oculto o fantasmal, sino a que no es un acontecimiento. Es una disposición o complejo de disposiciones. ... La teoría tradicional ha construido erróneamente la distinción de tipos existentes entre disposición y ejercicio, al bifurcar míticamente las causas mentales no observables y sus efectos físicos observables.

Así pues, tener una propiedad disposicional consiste en tener la capacidad permanente de reaccionar de cierta forma bajo circunstancias o condiciones apropiadas, no consiste en encontrarse en un estado particular o en experimentar determinado cambio, pues no se trata de un simple episodio. Por ello, cuando se dice que una persona sabe hacer algo, no se está diciendo que en un momento determinado está haciendo algo o que algo le está pasando, sino que es capaz de (o propensa a) hacer ciertas cosas cuando es necesario, en ciertos tipos de situaciones. Ryle pone como ejemplo el “ser cocinero” o “ser abogado”: cuando se afirma que P tiene la propiedad disposicional de ser abogado no se está diciendo que en este instante está ejerciendo como tal, sino que tiene la capacidad (y, en este caso concreto, debería tener también la capacitación) para actuar como tal.⁵²⁰

⁵²⁰ Entiéndase que se está hablando de una capacidad epistémica y no jurídica. Formalmente, esta capacidad requeriría cumplir con la legislación vigente para hacer las veces de abogado en los casos concretos, etc.

Ahora bien, el ejercicio de este tipo de disposiciones resulta indefinidamente heterogéneo, es decir, no hay una uniformidad en sus actualizaciones o procesos internos similares. Por ejemplo, no diríamos que hay un único proceso intelectual o un único signo de *actuar como abogado* o *como cocinero*, sino más bien un conjunto de comportamientos muy heterogéneos. En otras palabras, no hay un signo único que muestre que H sabe cocinar o sabe litigar, sino un conjunto heterogéneo de comportamientos que, evidentemente, no se limitan a *un* posible éxito.⁵²¹

Finalmente, habría que explicitar una cuestión que ha estado más o menos implícita en este epígrafe y que resulta de gran trascendencia para el tema que se aborda: el carácter gradual de la *expertise* como propiedad disposicional. Lo que permite diferenciar entre *ejecutar X* y *comprender* la ejecución de X, en los casos en los que la ejecución supone la comprensión de la actividad⁵²², ya que ambas requerirían cierto grado de conocimiento (muchas veces, proposicional) en comportamientos de cierta clase; podría decirse que las reglas que el ejecutante observa y los criterios que aplica son los mismos que guían los aplausos o las críticas del espectador⁵²³. La habilidad para comprender no presupone el mismo grado de competencia que requiere la ejecución; pero, a su vez, la habilidad para ejecutar y comprender un acto, no presuponen necesariamente la habilidad para formular críticas. En este sentido, es posible decir que H sabe hacer algo *en parte* e incrementar luego su habilidad en ello; a diferencia del conocimiento proposicional, que no acepta grados, no es

⁵²¹ Siguiendo el ejemplo planteado por Ryle en ese contexto, podría decirse que no juzgamos que un tirador al blanco tiene la propiedad disposicional correspondiente solo por haber acertado una vez en el blanco; además de ese éxito inicial deben tomarse en cuenta cosas como los tiros siguientes que efectúe, su rendimiento anterior, sus explicaciones o excusas, sus consejos y un cúmulo de elementos adicionales.

⁵²² Obviamente se dan casos en los que se ejecuta sin comprender o se comprende sin ejecutar. En el primer caso, por ejemplo, podríamos pensar en los técnicos de laboratorio que realizan ciertas actividades indispensables para un experimento sin necesariamente comprenderlas y, en el segundo caso, tendríamos a algún entrenador de fútbol que pese a comprender todas las jugadas no es capaz de ejecutarlas. En cualquier caso, aquel que comprende una actividad no necesariamente sabe más que el que la ejecuta.

⁵²³ Por ello, nos dice Ryle, al entender lo que otro dice o al seguir el curso de su argumentación, no se están haciendo inferencias respecto de las operaciones de su mente, sino que se están siguiendo.

posible decir que se saben medias verdades o que se tiene una verdad parcial, sino sólo que se conoce parte de un conjunto de hechos o verdades.

Una vez destacado que la *expertise* es una propiedad disposicional de un sujeto, falta preguntarnos cómo un tercero como es el juez puede *identificarla*. Se ha dicho anteriormente que el juez debe contar con información de que P *sabe cómo* llevar a cabo X,⁵²⁴ es decir, las actividades para conocer la verdad de una proposición p. En mi opinión, el juez tiene al menos dos posibilidades para obtener tal información: un historial de H respecto X y el juicio de la comunidad experta a la que H pertenece (*social judgment*). Éste último un tipo de juicio, obviamente de carácter social, acerca de *con quién* se debe estar de acuerdo y no *qué* se debe creer (Collins y Evans, 2007).⁵²⁵ En cualquier caso, ambos criterios suponen determinado conocimiento sobre antecedentes del perito que arrojen información sobre la actualización de su actitud disposicional respecto a X; lo que, dicho sea de paso, es congruente con el hecho de que se está presuponiendo que el perito de confianza del juez está interesado en continuar su relación con él y no un perito que participe sólo una vez en un proceso judicial concreto.

Dicho esto y ya para terminar este epígrafe, vale la pena retomar el tema general de la atribución de autoridad teórica a efectos de enfatizar que, dado que el juzgador sería responsable único de la asignación de esta autoridad, es él quien deberá responder a las posibles objeciones hechas por las partes mediante los mecanismos conducentes respecto a la idoneidad del perito designado. Dichas objeciones deberían ser resueltas antes de la práctica de la prueba, ahorrando todo tipo de posteriores recursos en caso de que se resuelva la no idoneidad del perito designado inicialmente y, sobretodo,

⁵²⁴ Es importante enfatizar nuevamente que esa "X" en la atribución de autoridad teórica hacia el perito de confianza del juez es relativa a un tema concreto, por lo que no se trata de una evaluación general de *toda* la carrera o *todas* las contribuciones de un experto o alguien acreditado como tal por unas u otras credenciales.

⁵²⁵ Para Collins y Evans (2007: 49) esto significa, por ejemplo, que el conocimiento de los ciudadanos sobre cómo valorar a otros actores sociales considerados expertos es "transformado" en una suerte de conocimiento técnico.

asegurando que se tiene al perito más adecuado para el caso en cuestión dentro de las posibilidades de un contexto determinado.

Ahora bien, es sumamente importante no confundir esta atribución de autoridad teórica a efectos de adquirir creencias testimoniales y el *argumentum ad verecundiam*, también conocido como falacia de autoridad.

3.2. La falacia de autoridad

El conocido como “argumento de autoridad” tiene una muy compleja historia en su tratamiento lógico, pues mientras algunos le han considerado *intrínsecamente* un tipo de falacia, para otros se trata de un argumento razonable, genuino y/o legítimo *en algunos casos*.⁵²⁶ En este capítulo, en general, se sostiene la segunda opción, y en este epígrafe en particular intentaré esbozar lo que diferenciaría de su versión falaz.

En primer lugar hay que reconocer, como Arnauld, Locke y Bentham (Walton, 1997: 56), que el argumento de autoridad es un tipo de prueba inherentemente diferente a la apelación directa a información fáctica o las pruebas directas disponibles en un caso concreto. Tanto Bentham como Locke consideraron que si había pruebas directas disponibles entonces era menos necesario o útil confiar en “pruebas” obtenidas apelando a la opinión de una autoridad; Bentham (1816: 25 ss) incluso afirmó que si dichas pruebas directas estaban disponibles, i.e., si “en el curso de un debate sobre una materia susceptible de comprensión por los participantes... los que intervienen... pueden formar juicio correcto sobre la base de argumentos relevantes”, entonces apelar a una autoridad constituía “el uso más falaz de la autoridad”.

⁵²⁶ El gran cambio que ha ido de la aceptación de una apelación dogmática a cierta autoridad (como la iglesia o a fuentes muy antiguas) hasta la experimentación científica y la importancia del cálculo matemático, ha implicado como una especie de corolario varios cambios en la concepción del argumento de autoridad. Para un interesante análisis histórico sobre los cambios en este tipo de argumento, véase Walton (1997: 32 ss).

Fue Locke (1690: 691) quien en su *Ensayo sobre el entendimiento humano* parece haber inventado la expresión “*argumentum ad verecundiam*”, usada muy comúnmente como sinónimo de argumento de autoridad. Según él, cuando razonamos con otros son cuatro los argumentos que habitualmente podemos utilizar a fin de influir (ampliamente) en ellos o, al menos, para aminorar al máximo su oposición:

El primero consiste en invocar las opiniones de hombres que, por su inteligencia, por su doctrina, por su eminencia, por su poder, o por alguna otra causa, han adquirido fama y han establecido su reputación en grado de autoridad ante la común opinión. Cuando los hombres han sido elevados a alguna clase de dignidad, se piensa que es falta de modestia, en otros, contradecir a aquéllos en cualquier cosa, o poner en duda la autoridad de quienes ya están investidos de ella. Cuando un hombre no cede rápidamente ante la decisión de los autores aprobados, decisión que los otros reciben con acatamiento y respecto, se tiende a censurar esa manera de proceder como un acto de soberbia; y se considera como efectos de una gran insolencia el que un hombre se atreva a establecer su propia opinión y a sostenerla contra la corriente del cauce de la Antigüedad, o a ponerla en la balanza en oposición a las doctrinas de algún docto o de algún autor recibido. Quien respalde su tesis con semejantes autoridades cree, por sólo eso, que necesariamente debe salir victorioso, y no se detendrá en calificar de impudicia a quien ose contradecirlas. Esto es lo que, según me parece, puede llamarse un argumento *ad verecundiam*.

Ahora bien, “*verecundia*” literalmente no significa “autoridad”; proviene del latín *vêrēcundia* y, según los diccionarios especializados significa respeto, vergüenza, pudor, reserva, discreción, modestia, veneración, discreción, timidez, etc.⁵²⁷ En este sentido, Locke parece referirse más bien a que un

⁵²⁷ Diccionario etimológico latino-español (1985): Ediciones Generales Anaya; y, Diccionario por raíces del latín y de las voces derivadas (2006): Universidad de Deusto.

argumento de autoridad podría ser usado de forma falaz aprovechándose del “respeto” o la “sumisión” de la contraparte (Walton, 1997: 53). Nótese, entonces, que bajo esta concepción la falacia estaría constituida por cierto (mal) uso de un argumento de autoridad, pero que en sí mismo no sería falaz. En otras palabras, siguiendo a Copi y Cohen (1990: 129) se trataría de una “apelación inapropiada a la autoridad”.

Podría decirse que la falacia radicaría en lo que Bentham (1816: 19) precisa como “intentar reprimir por completo el ejercicio de la facultad de raciocinio, invocando el carácter concluyente de la autoridad”, y yo añadiría, mediante la apelación o el aprovechamiento de cierto tipo de sentimiento o cierta reacción psicológica relacionada con la *vêrēcundia*.⁵²⁸

Hasta aquí podemos esquematizar tres aspectos de la falacia ad verecundiam que la distinguirían de la apelación a la autoridad teórica:

- a. Es un tipo de razonamiento inferencial inválido
- b. Supone la posibilidad de que el agente llegue a su propia conclusión sobre los hechos
- c. Podría tener como objetivo reprimir el ejercicio de raciocinio dado el carácter concluyente de la autoridad.

Como se ha visto, la concepción del testimonio que sostiene que éste aporta razones interpersonales desarrolla un concepto restringido de testimonio al exigir que el hablante se dirija de forma *directa* a la audiencia. Así pues, mientras la falacia de autoridad es la apelación a un supuesto experto por una tercera persona, el testimonio estaría constituido por el acto de dar cuenta de un individuo a otro; además, mientras el tercero que apela a la autoridad no

⁵²⁸ Al respecto, McMyler (2011: 168) afirma: “... los hablantes pueden ejercer formas de poder o influencia sobre las creencias de sus oyentes que no constituyen un ejercicio de legítima autoridad teórica y, de este modo, obstaculizan la autonomía del otro. Las formas de control mental, el lavado de cerebro y el adoctrinamiento buscan causar en otros la formación de creencias, y en los casos más insidiosos, éstos pueden incluso pasar como un ejercicio de legítima autoridad teórica.”

necesariamente debe tener cierta *expertise*, podría ser un par o incluso alguien en peor posición epistémica que la audiencia, el testimonio experto supone la atribución adecuada de autoridad por parte de la audiencia, quien decidiría ponerse en relación con quien considera autoridad para X.

Una vez delineada la atribución de autoridad teórica como una de las condiciones de la confianza, y distinguida de la falacia de autoridad, toca ahora pasar a la discusión de la segunda condición de la confiabilidad: el aspecto motivacional del perito nombrado por el juez.

3.3. Los aspectos motivacionales del perito

Como se ha dicho, el juez debe confiar en aquel experto que sea confiable en las circunstancias del caso en cuestión. La confiabilidad del experto, por su parte, está conformada por la autoridad teórica y la motivación para colaborar con el objetivo judicial de averiguación de la verdad, siendo ambas condiciones necesarias y conjuntamente suficientes. Una vez abordada la autoridad teórica, pasemos al aspecto motivacional, que se concreta en el interés del perito al realizar su labor en tomar en cuenta los intereses del juez.

En el epígrafe sobre la confiabilidad de un hablante desarrollado en páginas anteriores se han abordado someramente algunas concepciones teóricas que *moralizan* el interés del hablante en cuidar los intereses de la audiencia, acudiendo a términos como la “buena fe” de éste respecto a aquella. Pues bien, en el ámbito de la prueba pericial también se ha tendido a moralizar el aspecto motivacional de la confianza, centrándose la atención en la conducta ético-moral del perito. Algunas veces, incluso, se confunde la posibilidad de que cierta virtud moral lleve al perito a comportarse de una forma determinada, con que esa virtud moral sea algo que debemos considerar en sí mismo. Como buen ejemplo de ello puede citarse a Marinoni y Arenhart (2009: 773) cuando afirman que “[j]uzgar con justicia no es simplemente juzgar con base en el

laudo del perito, sino juzgar con base en un laudo íntegro, firmado por un profesional competente y *de moral intachable*⁵²⁹.

En este trabajo, por el contrario, propongo adoptar una perspectiva cognitivista del aspecto motivacional de la confiabilidad; eliminando el vínculo necesario con aspectos o valoraciones morales del sujeto en quien se confía. En consecuencia, diremos que el juez debe confiar en el perito porque, además de haberle atribuido la autoridad teórica respectiva, considera que aquél tiene un interés en encapsular los intereses institucionales del juez, i.e., en actuar de forma confiable para éste.

¿Qué significa, pues, actuar de forma confiable? La respuesta depende del contexto concreto en el que se desarrolla la relación en juego; por ello, es necesario aclarar en términos generales lo que significa en el contexto de la prueba pericial. La respuesta es que podemos decir que un experto actúa de forma confiable para el juez si desarrolla todas las operaciones periciales relevantes atendiendo primordialmente a los intereses de los jueces en la búsqueda de la verdad. Por supuesto, no se puede negar que pudiera decirse que un perito es confiable para *un* juez porque actúa de forma corrupta, por ejemplo. Este sería el caso siempre que fuera interés subjetivo del propio juez promover actuaciones de ese tipo o decidir los casos de forma corrupta. Pero no en estos intereses subjetivos contingentes de los jueces en los que estamos interesados institucionalmente. En efecto, si se afirma que el objetivo institucional del proceso judicial en materia probatoria es la averiguación de la verdad, entonces debemos aceptar como corolario que a la función judicial le

⁵²⁹ Las cursivas son mías. Un ejemplo más lo brinda el código deontológico de la Asociación española de peritos judiciales y mediadores arbitrales, que establece que “*las relaciones de confianza* no pueden existir si existe alguna duda sobre la honestidad, la ética, la rectitud o la sinceridad. Para éste último estas virtudes tradicionales constituyen *obligaciones profesionales*.” En consideración con esto, también establece que “[l]a conducta debe ser irreprochable en todos los momentos y todas las circunstancias. *Cualquier deficiencia* en su conducta profesional o cualquier conducta inadecuada en su vida personal *perjudica* la imagen e integridad del Perito Judicial, del Mediador Arbitral, la Organización que representa, *la calidad y la validez de su labor* y puede plantear dudas acerca de la fiabilidad y la competencia profesional”. Véase en: <http://aepjma.com/app/download/5783248988/Estatutos+y+C%C3%B3digo+Deontol%C3%B3gico+de+Peritos+Judiciales.pdf>

corresponde el deber de perseguir los objetivos institucionales. Por tanto, el juez debe tener el interés institucional primordial de perseguir la averiguación de la verdad y es ese interés institucional el que debe encapsular el perito como guía de sus actuaciones. Cuando ello sucede, diremos que el perito es confiable para el juez, siempre que, además, se le atribuya autoridad teórica⁵³⁰.

La previsible conducta del perito cobra relevancia debido a que, en el momento de su designación, en el que el juez decide confiar en él, aún no se han llevado a cabo las operaciones periciales, es decir, en ese momento importa evaluar los intereses del perito *para* actuar de determinada forma. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el aspecto motivacional de la confianza no se agota en el momento de decisión sino que debe ser previsible que se mantendrá de forma sostenible en el tiempo durante toda la participación del perito de confianza del juez en un juicio.⁵³¹ Bajo esta perspectiva, por ejemplo, si consideramos el juramento de decir verdad o la promesa de actuar con objetividad que algunos ordenamientos exigen al perito, el juez debería evaluar que la vinculación a la promesa permanecerá hasta el último momento y que, en el transcurso del tiempo, no habrá un cambio en la estrategia de dicho sujeto;⁵³² a efectos de confiar en el perito interesaría, pues, evaluar el *mantenimiento* de la promesa más allá de la promesa misma.

Asumida, como se vio en su momento, la concepción del “interés encapsulado” de Hardin, reduciré la motivación de un individuo para actuar de forma confiable a su interés de tomar en cuenta los intereses de su audiencia a efectos de *mantener la relación* que tiene con ella. Entiéndase bien, lo relevante no es que los intereses del perito y del juez coincidan o sean compatibles, sino que el perito atienda a los intereses de la audiencia, i.e, el

⁵³⁰ Obsérvese que en ocasiones me refiero a los intereses del juez y, en otras, a los intereses de los jueces. Pues bien, conviene advertir que trato estas dos formulaciones como intercambiables, dado que lo relevante aquí no son los contingentes intereses subjetivos de cada juez, sino los intereses institucionales y, en particular, la averiguación de la verdad.

⁵³¹ Se trata de una decisión que requiere evaluar consecuencias que están distribuidas en el tiempo, con costos y beneficios que ocurren en diferentes momentos.

⁵³² Y no actuar como si la imparcialidad dependiera únicamente de la admisión: un perito, por ejemplo, podría corromperse en otras etapas procesales.

juez, porque le interesa la continuidad de esa relación. Una advertencia adicional es que el interés del perito no radicaría únicamente en la continuidad de la relación en sí misma, sino también en los *efectos* que esa relación pueda tener para él. Muchas veces, por ejemplo, el mantenimiento de una relación con otro tiene efectos reputacionales que pueden motivar a un sujeto a encapsular los intereses de otro.

Dicho esto, podríamos preguntarnos ¿por qué le interesaría al perito mantener la relación con el juez o, mejor dicho, con los jueces? En principio, podríamos hablar de dos grandes grupos de cuestiones que incentivarían la conducta del perito:

- a. la voluntad o compromiso del sujeto como aspecto interno
- y
- b. los instrumentos motivacionales externos independientes del sujeto⁵³³

Dar cuenta del aspecto interno del individuo, entendido como elemento volitivo de carácter psicológico, exigiría un análisis tremendamente complejo que supera los límites de este trabajo. Además, la única forma que otros sujetos tienen para incidir en los aspectos internos de un tercero es a través de instrumentos externos; por ambas razones limitaré mi análisis precisamente a este último tipo.

Dichos instrumentos externos pudieran ser adoptados por el propio individuo en su esfuerzo por ser confiable⁵³⁴ o ser introducidos por el sujeto que confía o

⁵³³ Obviamente no se trata de una distinción tajante, si pensamos por ejemplo en el establecimiento de ciertas normas sociales o jurídicas como instrumento externo que podría incentivar la conducta, deberíamos hablar también de la motivación interna en el seguimiento de dichas reglas; o, incluso, en muchos casos el sujeto voluntariamente adopta un mecanismo externo.

⁵³⁴ Un individuo, el perito en este caso, puede comprometerse con ciertas acciones futuras restringiendo la libertad de elección, protegiéndose de sus pasiones, cambios de preferencias o inconsistencias en función de los beneficios que con ello se espera (Elster, 2000: 15). Él mismo, entonces, podría establecerse autorestricciones intencionales o precomprometerse por razones tan diversas como vencer las pasiones, vencer el interés propio, vencer la inconsistencia temporal estratégica y neutralizar o evitar el cambio de preferencias. En el caso del perito, hablaríamos fundamentalmente de autorestricciones para evitar *inconsistencias*

éstos pudiesen también ser parte del contexto en que tiene lugar la relación. En el tema que nos ocupa, el testimonio pericial, podrían tener cabida los tres mecanismos de adopción de instrumentos externos; sin embargo, si es el juez quien debe adoptar tales mecanismos actuando como funcionario muy posiblemente muchos de éstos serían institucionales o formales. Por ello vale la pena centrarse en algunos instrumentos o mecanismos institucionales que pudieran respaldar el interés del perito en encapsular los intereses del juez o contribuir a que el perito encapsule los intereses de éste.

Ahora bien, no todos los mecanismos externos son institucionales o formales. Los hay también informales, que dependen del entorno de toma de decisiones y, en ese sentido, van más allá de las relaciones individuales. Así, por ejemplo, si el esquema de valores de una sociedad es tal que desincentive a sus integrantes actuar de forma confiable, es menos probable que éstos actúen de dicha manera. En esta línea, cobra relevancia el siguiente párrafo de Winch (1958: 78-81):

El enunciado acerca de los motivos de alguna persona ha de entenderse como una 'proposición tipo ley' ... en términos de la cual deben entenderse las razones de N, no [como] las disposiciones de N, sino a los patrones aceptados de conducta razonable, comunes en su sociedad. ... Aprender lo que es un motivo corresponde a aprender los patrones que rigen la vida en la sociedad en la que se vive; y esto

temporales estratégicas, i.e., hacer más creíble su promesa de actuar con objetividad o el juramento de decir verdad. Ahora bien, hay distintos mecanismos para llevar a cabo las autorestricciones; aunque no todos los mecanismos serían adecuados para todas las razones que hacen surgir o incentivan dicho precompromiso (Elster, 2000: 21). Entre los mecanismos que menciona el propio Elster se encuentra la eliminación de opciones, la imposición de costes, la creación de demoras, la inducción a la ignorancia y a las pasiones, la inversión en poder de negociación, la fijación de recompensas y el cambio de preferencias. Si la razón del perito para autorestringirse es, como se ha dicho, la inconsistencia temporal estratégica, podrían funcionar como mecanismos para ello todos los anteriores con excepción de los dos últimos.

Vale la pena enfatizar que todos los mecanismos mencionados son extrapsíquicos o externos y que, por lo tanto, faltaría dar cuenta de mecanismos intrapsíquicos o internos; sin embargo "los problemas de credibilidad interpersonal no pueden salvarse mediante mecanismos puramente intrapsíquicos" (Elster, 2000: 97).

corresponde, asimismo, al proceso de aprender a vivir como un ser social.⁵³⁵

El éxito de mecanismos externos no-institucionales depende, entonces, de cómo es cada sociedad y no sólo de una relación individual bilateral. Así, por ejemplo, no depende de un solo sujeto cuánto esté socialmente reprochado que un perito oficial tergiverse su informe pericial en aras de obtener ciertos beneficios personales.

Por otro lado, si la atención se centra en mecanismos institucionales, sin duda, una mejoría del sistema de justicia en lo que toca a los peritos de confianza de los jueces pasa por establecer sistemas de comunicación fluida tanto entre los diversos miembros que conformen determinada comunidad jurídica como con las diversas comunidades expertas con el objetivo incentivar que los peritos encapsulen los intereses de los jueces.⁵³⁶ Es decir, conviene introducir diversos mecanismos que permitan hacer público el conocimiento que se tiene sobre la conducta relevante de los peritos en su actuación como tales. Por ejemplo, el propio sistema procesal podría prever la posibilidad de que los jueces indicaran en un cierto registro público a los peritos que hubiesen desarrollado su tarea con graves deficiencias, voluntarias o involuntarias. Para evitar casos de animadversión sobrevenida del juez hacia el perito, pudiera preverse también que esa indicación tuviese efectos sólo cuando al menos tres jueces distintos la realizaran. Y cumplido ese requisito el perito pudiera ser impedido para actuar como experto en los procesos judiciales. Alternativamente, en caso de que sean las comunidades de expertos quienes, a través, por ejemplo, de colegios

⁵³⁵ Y sigue: "... [P]ara comprender las actividades de un investigador científico individual debemos tomar en cuenta dos conjuntos de relaciones: primero, su relación con los fenómenos que investiga; segundo, su relación con sus colegas."

⁵³⁶ Eso sí, habría que cuidar la generación de posibles incentivos perversos. Haack (2012: 342), hablando sobre el último informe del *National Research Council* sobre las ciencias forenses en el que se sugiere mayor regulación, acreditación, formación, ensayos de aptitud, etc., a efectos de disminuir la probabilidad de errores en su utilización en el proceso judicial se describe como escéptica ante "... la eficacia de las burocracias nacionales [y] cuán eficaces serían en la práctica las elaboradas estructuras propuestas". Señala además como ejemplo de dichas burocracias a algunos comités del propio *National Research Council*, que parecen incluir más abogados, jueces, profesores de derecho, administrativos, etc., que científicos dedicados a la investigación.

profesionales, elaboren listas de peritos, el mismo objetivo pudiera satisfacerse mediante un mecanismo en el que el juez que considere que una prueba pericial sufre de graves deficiencias pudiera comunicarlo al organismo institucional que elabore la lista. Quedaría entonces al juicio de pares expertos la confirmación de esas deficiencias a los efectos de la exclusión del perito de la lista correspondiente. Como puede observarse, estaríamos aquí ante mecanismos externos que podrían incentivar a los peritos para actuar encapsulando el interés judicial por la averiguación de la verdad.

Y al hablar de mecanismos institucionales para incentivar la conducta de los peritos, no puede dejarse de lado a las diversas normas jurídicas sancionadoras que regulan la actuación del perito, estableciendo desde su inhabilitación para volver a ejercer como perito, hasta sanciones económicas y penales para supuestos de corrupción, etc.

Ahora bien, no sólo se debería buscar el establecimiento de controles en negativo, sino también de controles en positivo o incentivos positivos, que contribuyan, por ejemplo, a la creación de un prestigio forense. Un mecanismo posible podría ser fomentar la elaboración de investigaciones surgidas de peritajes forenses, crear revistas especializadas en los avances científicos o técnicos producidos a partir de investigaciones forenses, etc. Este tipo de instrumentos tendrían el objetivo de promover y destacar en las comunidades jurídica y de especialistas de referencia la labor de los mejores peritos y divulgar entre los jueces esos mismos avances y sus autores.

En cualquier caso, evidentemente, estos mecanismos son sólo ejemplos posibles y no agotan los que se pudieran llegar a desarrollar. Lo que conviene enfatizar una vez más es que deben ser concebidos para respaldar o contribuir a la confiabilidad del perito.

Una vez abordado el aspecto motivacional de la confiabilidad del perito, corresponde analizar los diversos sistemas de designación formal del perito a

efectos de evaluar, entre otras cosas, si se trata de procedimientos adecuados para elegir a lo que aquí se ha venido identificando como el perito de confianza del juez.

3.4. Sobre los sistemas de designación

La valoración que hace el juez sobre la confiabilidad del perito sería, entonces, a efectos de su nombramiento como tal para el caso en cuestión. En ese sentido, es importante considerar algunos de los sistemas actuales para el nombramiento del conocido como perito oficial y su relación con todo lo dicho anteriormente. Sistemas que en términos muy generales se pueden enlistar en:

- a. La elaboración periódica de un listado oficial de peritos y la especificación de los métodos de designación, entre ellos un posible acuerdo entre las partes, el sorteo, la insaculación o la, más común actualmente, designación por lista corrida.⁵³⁷
- b. La elaboración de un listado oficial de peritos entre los cuales el juzgador tiene libertad para seleccionar.⁵³⁸

⁵³⁷ Se puede encontrar este sistema en sus diversas versiones en la historia del proceso civil español. Así, en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil se establecía que el sistema de selección era el acuerdo por las partes, si este no se lograba, entonces la insaculación y, de no ser esta posible, la elección directa del juez. Mientras en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, sigue estando el acuerdo entre las partes, el sistema de lista corrida y la designación hecha directamente por el juez. Véase, el artículo 339.2 de la LEC; al respecto, también Abel Lluch (2009: 66).

⁵³⁸ Es el caso mexicano al menos en algunos juicios seguidos ante órganos federales. El ordenamiento procesal mexicano es todo un galimatías cuando se pretende averiguar cómo es nombrado un perito oficial. Existe el acuerdo general 16/2011 del Pleno del Consejo General de la Judicatura que regula la integración anual de la lista de personas que pueden fungir como peritos ante los órganos del Poder Judicial de la Federación; entre otras cosas, establece todo el procedimiento para la realización administrativa de dicho listado, los requisitos necesarios a cumplir para que un experto sea parte de esa lista, las sanciones que puede conllevar su mala actuación, etc. Y, curiosamente, en su artículo 34 sobre los derechos de las personas integrantes de la lista, su fracción III establece como una de esas prerrogativas ser elegido *preferentemente* para auxiliar a los órganos jurisdiccionales y administrativos del poder judicial. Sin embargo, al acudir a las normas procesales ordinarias nada más se dice sobre tal preferencia. El artículo 120 de Ley de Amparo, por ejemplo, sólo establece que al admitirse la prueba pericial “se hará la designación de un perito o de los que estime convenientes para la práctica de la diligencia, sin perjuicio de que cada parte pueda designar a uno para que se asocie al nombrado por el órgano jurisdiccional o rinda dictamen por separado”. Otras normas como el recién Código Nacional de Procedimientos Penales nada dice sobre la posibilidad de que un perito sea nombrado por el juez, mientras que el Código Federal de Procedimientos

- c. Libre elección por parte del juzgador.⁵³⁹
- d. La posibilidad de acudir a entidades públicas o privadas especializadas en el ámbito del conocimiento relevante que especifiquen directamente al perito apto.⁵⁴⁰

Estos sistemas en sí mismos nada dicen sobre los posibles criterios de selección del perito concreto en el caso particular. Aunque podría argumentarse que, por ejemplo, sólo pueden ser parte del listado o participar en el sorteo o en la insaculación aquellas personas que hayan satisfecho determinado tipo de requisitos formales; o que la conformación de las listas por parte de los colegios se hace con los mejores expertos afiliados a dicha organización, etc. Si bien es cierto que debería haber una importante diferencia entre un listado que ha sido conformado por legos observando ciertas formas de carácter más administrativo⁵⁴¹ y un listado que ha sido

Civiles sí prevé que el juez nombre al perito en algunos supuestos determinados, pero nada menciona sobre el procedimiento para nombrarlo.

⁵³⁹ Se da esta situación en los procesos civiles brasileños, véase el artículo 145 del Código de Procedimientos Civiles y, por todos, Marinoni y Arenhart (2009: 769 ss). Algunos otros ordenamientos prevén esta opción para los procesos no dispositivos, como el español, cfr. Abel Lluch (2009: 67).

Cabe decir que actualmente está en discusión en la Cámara de Senadores (ha pasado ya por la aprobación de la Cámara de Diputados) un nuevo Código de Procedimientos Civiles en Brasil que, de ser definitivamente aprobado, cambiaría la regulación de la prueba pericial. Entre otras cuestiones, las partes podrían nombrar a sus peritos en aquellos casos en que se trate de derechos disponibles. Al respecto puede verse Bueno (2014).

⁵⁴⁰ Como quinta opción, también podría plantearse la previsión de acudir a instituciones oficiales de pericia para que conozcan de la cuestión, i.e., a técnicos adscritos a las autoridades jurisdiccionales. Estos casos suelen presentarse básicamente en materia penal y en una etapa previa al juicio mismo. Al respecto puede verse, Dwyer (2008: 113 ss).

⁵⁴¹ Consideremos como un ejemplo la convocatoria para integrar la lista de personas que pueden fungir como peritos ante los órganos del Poder Judicial de la Federación (México), correspondiente al año dos mil catorce, emitida por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal, que como requisitos a los aspirantes a conformar la lista exige:

- a. Título o, en su caso, acreditar los conocimientos oportunos si se trata de áreas no reglamentadas.
Además del título profesional correspondiente, demostrar que se está en permanente actualización.
- b. Tener determinados años de experiencia laboral. Y demostrar la calidad de su trabajo mediante cartas de personas o instituciones a las que haya prestado sus servicios.
- c. Dedicarse de forma cotidiana a las tareas de dicha área.
- d. Gozar de buena reputación y modo honesto de vivir, demostrándolo mediante cartas de personas que avalen su solvencia y conducta moral.
- e. No haber sido condenado por delito doloso que merezca pena corporal.

Cfr. http://www.cjf.gob.mx/noticias/docs_noticias/2013/CONVOCATORIA_PERITOS_2014.pdf

conformado por los propios expertos siguiendo criterios más sustantivos, la evaluación respectiva la realiza un tercero y con total independencia de los hechos del caso concreto para los que se requieren ciertos conocimientos especializados. Una cosa es que un sujeto pueda ser apto para peritar en cierta clase genérica de casos y una cuestión muy distinta es si para este concreto caso un sujeto específico puede ser considerado el perito más adecuado.

Curiosamente pareciera que en la designación del perito oficial no se ha prestado la atención que merece a la selección del mejor perito *para* la causa en cuestión. Así pues, la conformación de listas podría asegurarnos que H tiene algún tipo de *expertise*, pero aún resta el problema de si es un experto adecuado para X y, además, si entre los candidatos es el mejor experto para X. Si nos centramos en los sistemas que dejan a *la suerte* la designación de entre un cierto número de personas que reúnen determinadas cualidades para desempeñar el cargo, como el sorteo o la insaculación, es obvio que no tenemos ningún tipo de control sobre la capacitación de un sujeto para la concreta pericia de que se trata (Ledesma, 2006: 46), lo que es indispensable para la adecuada atribución de autoridad teórica. Y, por supuesto, tampoco es compatible con el aspecto motivacional pues si los peritos saben que su designación se rige por la suerte, entonces no tienen incentivos negativos ni positivos para encapsular los intereses del juez.

Sobre tales requisitos me interesa hacer dos observaciones. Primero, el conjunto de requisitos es insuficiente para una buena selección porque incluso tomados todos no garantizan que para el caso se haga una buena selección. Por ejemplo, aunque en un plano teórico pueda defenderse la adecuación de exigir una titulación oficial sobre la materia, es bien sabido que no todos los titulados tienen una formación y experiencia similares, de modo que un titulado puede resultar mejor para la realización de una pericia concreta que otro (Ledesma, 2006: 46). Por otro lado, el conjunto requerido es excesivo porque hay algunos criterios que son del todo inadecuados. La buena reputación y el modo honesto de vivir, como se ha visto, pueden ser irrelevantes a efectos de confiar en un experto para X, pero, además, la pretendida demostración de esto mediante avales es, en mi opinión, inútil. A mayor abundamiento, este puede ser un buen ejemplo de cómo la eficacia de los instrumentos motivacionales externos de carácter informal depende de las prácticas sociales en que estos tienen lugar. Así, otorgar un aval supone en algunas sociedades un fuerte compromiso por quien lo realiza, mientras que en otras se otorga muy alegremente, incluso a veces sin conocer personalmente a quien se avala.

Pareciera, pues, que con estos sistemas de designación de peritos se tiene un sistema basado en un cúmulo de meros supuestos sobre el sujeto que ha pasado ciertos controles. Y, en un contexto así, tiene total sentido la crítica que Champod y Vuille (2010: 30) realizan a los sistemas de tradición romano-germánica respecto a cierta actitud de “*laissez – faire*” en cuestiones de admisibilidad de los peritos oficiales pese al gran uso que de ellos se ha hecho, promoviendo con ello una especie de confianza totalmente ciega en un perito por la sola razón de que se le presume competente e imparcial.

En efecto, un argumento bastante común de la doctrina para defender este tipo de sistemas de designación es la imparcialidad en la elección del perito. Así, por ejemplo, Serra Domínguez (1969: 390) sobre la insaculación afirma que:

en aquellas ocasiones en las que, habida cuenta de la importancia de la función a asignar y para conseguir la máxima garantía de imparcialidad en su desempeño librando al designado del influjo de las pasiones desatadas entre quienes solicitan su nombramiento....

Más allá de si efectivamente estos sistemas son garantía de una imparcialidad de origen⁵⁴², ya se ha dicho que un problema fundamental es que el criterio de la imparcialidad obvia muchos de los problemas periciales más importantes que surgen en un proceso judicial, como los desacuerdos genuinos entre expertos. De este modo, la imparcialidad podría considerarse hasta cierta medida un criterio adecuado sólo en el caso en que haya un muy amplio consenso en la comunidad experta correspondiente acerca de los hechos de los que informa el perito una vez descontados los posibles errores cognitivos

⁵⁴² Habría que enfatizar que se trata de una posibilidad y no que la insaculación, o cualquier mecanismo de selección dependiente de la suerte, sea garantía de ello, tal como reconoce, por ejemplo, Jordi Nieva (2010: 288):

Aunque en principio quepa atribuir mayor credibilidad al perito de designación judicial, que no sabemos si es parcial, que al perito de parte, que ya sabemos que lo va a ser porque, de lo contrario, el litigante no aportaría el dictamen, entiendo que hay que prescindir de entrada de esa conclusión, porque en caso contrario se dejan de lado dictámenes de parte absolutamente bien fundamentados, y se prioriza el criterio de peritos de designación judicial que pueden acabar siendo todavía más parciales que un perito de parte.

del perito imparcial y, por supuesto, la incompetencia de muchos expertos que podrían ser imparciales.

Ahora bien, si asumimos que para el nombramiento del perito de confianza el juez tiene la responsabilidad de atribuir *prima facie* autoridad teórica, no se puede poner en una relación de confianza con alguien cuya *expertise* desconozca, considere cuestionable o que sólo presuponga, esperando que en caso de que falte la autoridad teórica esta debilidad sea expuesta y/o reconocida durante el juicio. Cuando se trata de un perito de confianza del juez las razones que lleven a nombrarle deben ser razones para creer en su testimonio y no meramente condiciones para determinar que un individuo es apto para fungir de perito. Nótese que no se trata de una evaluación del contenido del testimonio, que aún ni siquiera se habría brindado, sino de evaluar con quién se debería estar de acuerdo, *prima facie*, respecto a X. Tarea que, por supuesto, va mucho más allá de una labor netamente administrativa, como muchos sistemas jurídicos parecieran sugerir.

Los sistemas de designación hasta aquí comentados obviamente no ofrecen criterios aptos para filtrar la confiabilidad del perito, no proporcionan razones *prima facie* para creer en P respecto a X. Es decir, en esos sistemas el juez no ha realizado ninguna atribución de autoridad teórica hacia el perito que conocerá del caso ni ha evaluado los posibles incentivos que éste tenga para encapsular el interés por la averiguación de la verdad. En este sentido, el juez no asume responsabilidad epistémica alguna en la designación del perito que supuestamente debería responder a las necesidades del caso en cuestión. Y, por su parte, el perito no tiene básicamente ningún incentivo para intentar satisfacer tales necesidades, sabiendo, por ejemplo, que su posterior nombramiento en otros casos sólo dependerá de la suerte. Necesitamos, pues, mecanismos de designación basados en elementos importantes para generar confianza racional, designando para el caso concreto al perito más capaz, tomando como relevantes los incentivos positivos que éste pudiese tener, no designando a aquellos que estén en las listas de “malos” peritos, etc.

En cambio, los sistemas que permiten al juzgador seleccionar directamente al perito son los más aptos para un modelo de perito de confianza del juez como el que aquí se propone, como sucede cuando el juzgador tiene libertad para seleccionar al perito entre los que figuran en un listado oficial de peritos o simplemente tiene total discrecionalidad en la selección. Si bien es cierto que el primero limita en alguna manera la libertad del juzgador ciñéndolo a un listado, éste procedimiento previo puede tener efectos positivos si funciona como un primer filtro para excluir a aquellos que no satisfagan los requisitos mínimos y si hay una preocupación por incorporar en la lista a expertos de la mayor calidad en las diversas áreas de conocimiento; además, ese primer filtro también serviría para asegurar a los jueces que los especialistas enlistados tienen cierta disponibilidad para actuar como testigos expertos.

Por su parte, puede ser también adecuado el sistema que posibilita al juez acudir a entidades públicas o privadas especializadas en el ámbito del conocimiento relevante para que éstas propongan directamente al perito más apto para el caso o a posibles candidatos para que el juez seleccione entre ellos. Sin embargo, es importante que en este caso se garantice que esa propuesta sea realizada por especialistas en el área de conocimiento respectiva. Evidentemente no estoy pensando en aquellos casos en los que una comunidad de especialistas, v.gr. un colegio profesional, presenta simplemente un listado de los miembros de su colegio que están dispuestos a fungir como peritos, sino en la posibilidad de que dicha comunidad o entidad, previo conocimiento de las necesidades epistémicas del caso en cuestión, sugiera el perito que considera más adecuado para ello. En ese caso, dado que no sería el juez quien estaría efectuando la evaluación correspondiente a efectos de confiar en el experto que llevará a cabo la prueba, el juez debería tener razones para confiar en la institución, comunidad o entidad a la que ha acudido. Las razones para confiar en el perito designado, entonces, serían vicarias, basadas en las razones para confiar en la institución que lo ha propuesto.

Antes de pasar a la siguiente etapa procesal, debo decir que no desconozco que la libre designación del perito por parte del juez puede conllevar que ésta recaiga reiteradamente en una misma persona o personas; y, considerando esto un problema, podría sostenerse que es necesario poner límites al juez para evitar tal reiteración.⁵⁴³ Pues bien, en mi opinión deberíamos preguntarnos aquí por qué esto constituiría un problema en aquellos casos en que se trate del perito mejor posicionado para brindar su testimonio experto y con los incentivos adecuados para actuar de forma confiable, suponiendo además que se exige al juzgador la adecuada motivación de su decisión. No encuentro argumentos, pues, para sostener que la rotación en sí misma tenga efectos epistémicos positivos. Antes bien, los peritos deben saber que hacer buenos peritajes es un elemento que favorece que los jueces los vuelvan a designar. Y esta es una razón positiva para que los jueces confíen en ellos.

4. La práctica probatoria del perito de confianza del juez

A diferencia de la prueba pericial ofrecida por las partes, el perito de confianza del juez realiza todas las operaciones periciales en el marco del contexto judicial y, por ello, es susceptible de mayores controles respecto de la calidad de lo que hace. Así pues, los controles no se limitan al informe pericial sino propiamente a las operaciones que el perito efectúe a efectos de hacer el informe correspondiente. Podría decirse, entonces, que la prueba pericial de confianza del juez está constituida por las operaciones periciales, el informe pericial y, por supuesto, las explicaciones que en la práctica del principio de contradicción haga el perito.

La categoría de las operaciones periciales es sumamente extensa, dependiente del caso en cuestión, del desarrollo de la ciencia y la tecnología e incluso quizá también dependiente del lugar en que se practique la pericia, de

⁵⁴³ Como se ha visto en los dos capítulos anteriores, en el extremo opuesto, el llamado “mercado de peritos” también es un problema.

los recursos económicos disponibles y un largo etcétera. Sean las que sean dichas operaciones periciales, si retomamos la fórmula A confía en H para X, éstas serían parte de “X”, i.e., el juez confía en el perito para conocer la verdad de p , pero conocer la verdad sobre p supondría que se hagan todas las operaciones periciales necesarias a esos efectos. Aunque no sólo que se hagan las operaciones periciales sino que éstas se hagan de determinada manera: sin prejuicios ni predisposiciones y con competencia técnica.

En este sentido, es aquí donde cobra mayor relevancia la imparcialidad cognitiva y la imparcialidad disposicional del perito imparcial de origen.⁵⁴⁴ Sabiendo muy bien que la imparcialidad debe ser una característica de la prueba pericial de confianza del juez, más no el objetivo de ésta, i.e., no basta con asegurar la imparcialidad del perito sino que éste traiga al proceso información de calidad que sirva para la correcta resolución del caso que se está conociendo.

Para ello es indispensable que cuando el perito presente su informe al juez, éste vea satisfechas las necesidades epistémicas que en su momento consideró relevantes a efectos de nombrarle. Ello implica que el juez llegue a comprender lo que el perito de su confianza afirma; y, en este sentido es muy criticable que sea precisamente en la emisión del dictamen ante el juez que éste “suel[a] permanecer mudo, más como estatua ajena a las cuestiones que se debaten que como árbitro no contendiente” (Zubiri de Salinas, 2006: 241). El juez tiene el deber de asumir una actitud activa y preguntarle al perito todo aquello que sea conducente para su comprensión y pedir, incluso, una ampliación del dictamen. Por ello es aplicable prácticamente todo lo dicho en el capítulo anterior respecto el rol del juez en esta etapa; y al tratarse del perito de

⁵⁴⁴ Vale la pena recordar que se trata de tres significados distintos de imparcialidad, la imparcialidad de origen hace alusión al perito no elegido por las partes en un caso, mientras la imparcialidad cognitiva aludiría los sesgos cognitivos y la disposicional a otros motivos para favorecer a una de las partes. En el análisis de la prueba pericial es habitual el movimiento de la premisa “el perito es imparcial de origen” a la conclusión sustantiva de “el perito es totalmente imparcial”, como si removiendo el nombramiento por las partes, los prejuicios o predisposiciones fuesen también removidos. Sobre este punto llaman también la atención Haack (1993) y Dwyer (2008).

confianza del juez que realiza todas las operaciones periciales en el marco del proceso, lo dicho sobre el contradictorio respecto del perito de parte se extiende aquí también al momento en que éstas se efectúan.

Sin embargo, como también se mencionó entonces, cuando se trata de un perito de confianza del juez se acentúa la importancia de que las partes efectúen un verdadero contradictorio. Habiendo sido el juez quien ha elegido al perito y, además, ha determinado las necesidades epistémicas del caso, es necesario que las partes puedan controlar no sólo lo hecho y lo dicho por el perito de confianza del juez sino también el procedimiento cognitivo y decisonal del juzgador.

4.1. El principio de contradicción como garantía de defensa

Como bien afirma Taruffo (1992: 427), los controles racionales en la institución probatoria no sólo tienen cabida en el uso y la valoración de las pruebas, sino también en los controles derivados del contexto procesal; por ejemplo, el derecho a un órgano jurisdiccional, imparcial e independiente que controle el correcto ejercicio de los poderes de todas las partes y asuma una determinación *después* de haber escuchado la opinión de éstas (Ubertis, 2005: 1093). Y, por supuesto, entre ellos se encuentran los controles disponibles *para las partes* sobre el uso de las pruebas que hace el juez y/o sobre los elementos de prueba sobre los que se fundará la decisión fáctica.

De forma más específica, podría aludirse al poder de las partes de:

- a. Cuestionar la admisibilidad de la prueba pericial.
- b. Cuestionar la autoridad teórica o el aspecto motivacional del perito de confianza del juez a efectos de que se nombre a otro.

- c. Nombrar a un experto que pueda acudir a todas las operaciones periciales que realice el perito nombrado por el juez⁵⁴⁵.
- d. Cuestionar al perito de confianza del juez en la audiencia respectiva frente al propio juzgador.
- e. Controlar *ex ante* la valoración de la prueba argumentando el valor probatorio que le debe ser atribuido.

Estas opciones de ejercicio del contradictorio de las partes están muy relacionadas con los casos en que el juez pudiera designar un perito, i.e. en ejercicio de su facultad discrecional de proposición de elementos de juicio, a instancia de las partes, a solicitud del juez para complementar el conjunto de pruebas una vez practicadas las pruebas inicialmente admitidas. Así, por ejemplo, que las partes puedan cuestionar la admisibilidad de la prueba pericial cobra suma importancia cuando el juez nombra a un perito de su confianza en ejercicio de su facultad de proponer pruebas pues se constituye como una técnica de control racional sobre el uso que el juez hace de sus facultades (Taruffo, 2009: 183).

Al respecto, un punto interesante a abordar es cómo se relacionan ambos tipos de pruebas periciales a efectos de su admisión, ¿cuándo podría ser superflua una u otra? Si bien es cierto que el contradictorio podría conformarse presentando pruebas contrarias a las que han sido ya propuestas (Taruffo, 1992: 428), las consideraciones sobre la superfluidad de otras pruebas periciales sobre los mismos hechos variarían en función del supuesto en que se ha admitido al perito de confianza del juez. Así, si una de las partes (o ambas) ha solicitado al juez que nombre al perito, ¿qué sentido tendría que ofrezca *a la vez* otra prueba pericial sobre los mismos hechos por un perito elegido por ella? A menos que en esa otra prueba pericial de parte se use justificadamente alguna otra técnica o método, parecería una prueba

⁵⁴⁵ Una especie de auxiliar técnico de las partes que pueda cuestionar sustantivamente las operaciones periciales realizadas por el perito y, por supuesto, el informe pericial. Esta función podría cumplirla también el perito de parte.

claramente superflua;⁵⁴⁶ presuponiendo que el juez debe efectuar el juicio sobre la superfluidad de una prueba en relación con el conjunto de pruebas solicitadas por *la* parte que lo solicita (Tonini, 2012: 11).

Esto da lugar a otra cuestión y es que podría pensarse incluso en cierto control por parte del juez sobre las técnicas que debería emplear el perito de su confianza, es decir, que sea el juez quien señale las técnicas o los métodos o los tests con los que se debería efectuar la prueba pericial, por supuesto, previo a la discusión con las partes sobre la idoneidad de ésta.⁵⁴⁷

El otro caso sería cuando la prueba pericial de confianza del juez es ordenada después de que la parte hubiese presentado previamente un informe pericial sobre los mismos hechos y, entonces, habría aquí que preguntarse por la superfluidad de una prueba sobre los mismos hechos a efectuarse por un perito de confianza del juez. En todo caso, vale la pena poner en la mesa de debate la importancia que tendría identificar el momento oportuno para que un juzgador solicite que un perito de su confianza realice una prueba pericial en sistemas en que confluyen las pruebas periciales de parte y las pruebas periciales de confianza del juzgador.⁵⁴⁸

Todos estos supuestos tienen lugar en la admisión, pero no es suficiente con garantizar a las partes el contradictorio *a priori* en la selección del experto que la llevará a cabo; las partes tienen que estar en situación de participar plenamente, jugando un papel activo en el procedimiento de formación de la prueba, evitando que se formen pruebas no aptas para la averiguación de la verdad. Es decir, cuando se trata de un perito de confianza del juez, las partes deben participar propiamente en la formación de la prueba pericial; por supuesto, una participación sustantiva podría hacerse mejor mediante una

⁵⁴⁶ Una valoración distinta cabría quizá una vez que se ha practicado la prueba pericial correspondiente.

⁵⁴⁷ Tal como se prevé en las *Transnational Rules of Civil Procedure*, concretamente artículo 26.2, propuestas por Hazard, Taruffo, et. al. Y, como toda decisión judicial, cabría que el juez motivase su petición.

⁵⁴⁸ Una discusión distinta sería si en realidad se trata de una prueba sobre la prueba, i.e., de una pericial de parte sobre la pericial de confianza del juez.

especie de auxiliar técnico con los conocimientos expertos necesarios para controlar las actividades periciales que el perito de confianza del juez deba realizar.⁵⁴⁹ En todo caso, las partes podrán cuestionar la competencia del perito en general, pero sólo asistiendo a la práctica de la prueba tendrán elementos más adecuados para cuestionar su competencia y actuación *en el caso concreto*. Así, por ejemplo, podría alegarse la falta de comprensión del perito respecto la técnica o teoría empleada en las operaciones periciales que efectuó; la poca familiaridad con los instrumentos que utilizó o los sesgos en dicho uso; la inadecuación de las técnicas o de los instrumentos utilizados, las condiciones del equipo que utilizó; o, incluso, la posterior interpretación de los resultados, etc.⁵⁵⁰

Sería casi imposible, y quizá de poco interés teórico, pretender dar cuenta de todos los cuestionamientos que pudieran hacer las partes a la prueba pericial del perito de confianza del juez; baste con anotar que aquí el sujeto-objeto del control procesal es el perito de confianza del juez y su actividad, no el razonamiento del juez como en la admisión.

Por otro lado, y como ejemplo de una práctica de la prueba realizada de forma contraria a la sugerida aquí, pueden mencionarse algunas pruebas de carácter eminentemente pericial que son “convertidas” en pruebas documentales a efectos de evitar que sus autores sean llamados al proceso, bien a ratificar el contenido de su informe o bien a ahondar sobre éste.⁵⁵¹ Se trata, normalmente,

⁵⁴⁹ El auxiliar técnico respectivo podría tener carácter de fuente de prueba o ser un mero auxiliar de las partes que aconseje al abogado qué preguntar al perito nombrado por el juez.

⁵⁵⁰ La previsión de una práctica parecida a la delineada anteriormente podría requerir la presencia de algún funcionario judicial que coordine que el desarrollo de la formación de la prueba pericial sea adecuado. Uno de los resultados de esto podría ser un encarecimiento en la práctica de la prueba pericial de confianza del juez tanto para las partes, que podrían verse en la necesidad de contratar a un auxiliar técnico, como para el propio sistema judicial, si se requiere la presencia de funcionarios judiciales en la realización de las operaciones periciales o incluso en el tiempo que tales actividades puedan conllevar. Debería, entonces, conseguirse un buen punto medio para lograr la averiguación de la verdad de forma eficiente.

⁵⁵¹ Así, por ejemplo, el art. 788.2.II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española establece que: “tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas”.

de pruebas periciales realizadas por instituciones conocidas como *laboratorios oficiales* que efectúan su trabajo de forma colegiada, i.e., las pruebas no son llevadas a cabo por un sujeto B sino por un equipo de profesionales.

Un sistema como el anterior presenta una problemática peculiar que va desde la idoneidad de este tipo de entrada de conocimientos expertos al contexto procesal hasta el valor probatorio que merecen. Al respecto, no pretendo abordar todas las cuestiones implícitas sino hacer tres limitadas observaciones o cuestionamientos. La primera tiene que ver con cuáles son los criterios que podrían limitar esta forma de entrada de conocimientos expertos al proceso; por ejemplo, podría establecerse que sólo podrán convertirse en documentales aquellas pericias en las que subyazcan métodos ampliamente fiables como aquellos que se usan para la identificación de ADN. La segunda cuestión está relacionada con el reducido margen de discusión de los resultados y es que habría que tener sumo cuidado porque en muchos casos los informes en comento contienen información recabada en inspecciones oculares y/o se realizan a partir de la recogida de huellas y vestigios que podrían ser cuestionables. Y, finalmente, respecto al valor probatorio de tales informes, pues es concretamente en este tipo de pruebas periciales donde pareciera haber un efectivo peligro de que sean convertidas en una suerte de prueba tasada.⁵⁵² Por todo ello, parece este claramente un modelo equivocado de práctica de la prueba pericial, totalmente inverso al propuesto en este trabajo.

Retomando nuevamente el principio del contradictorio y habiendo analizado someramente algunas cuestiones sobre su ejercicio por las partes tanto para la admisión como para la práctica de una prueba pericial llevada a cabo por un perito de confianza de las partes, finalmente cabe enfatizar que el contradictorio también debería permitir a las partes controlar el proceso

⁵⁵² Tal como está legislado en España (véase la nota inmediatamente anterior) parece tratarse de una especie de presunción bajo la fórmula: Si X, entonces presúmase W. Donde el hecho base *necesario de prueba* sería “que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados ...”, pero ¿cómo se prueba dicha cuestión más allá de lo que la institución en comento pueda afirmar y/o cómo las partes pueden derrotar la presunción?

cognoscitivo del juez, por ejemplo, escuchando las preguntas que éste hace al perito y/o al solicitar explicaciones conducentes a su mejor entendimiento.⁵⁵³

La práctica de la prueba pericial cuando se trate de un perito de confianza del juez, pues, debe ser controlada por las partes, garantizándole a éstas el principio de contradictorio *a priori* en la selección del experto que la llevará a cabo, en la formación de la prueba propiamente dicha y, desde luego, de una prueba ya formada que es representada en el informe pericial correspondiente, en un sistema en el que las partes tengan el poder de interrogar y conainterrogar pero en el que el juez tenga también el poder de formular las preguntas conducentes (Taruffo, 2009: 184).

4.2. El (posible) careo entre peritos

Tanto en la regulación como en el análisis de la prueba pericial en general, parece haber un particular interés en evitar tener que resolver de alguna manera posibles disputas entre expertos, habiendo muchas veces una clara preferencia por el uso de un único experto.⁵⁵⁴ Simplemente evitar a toda costa gestionar tales situaciones no es una forma epistemológicamente satisfactoria

⁵⁵³ En este sentido, la presencia en el juicio oral de un representante del organismo que efectúa una prueba pericial colegiada como los informes de laboratorios oficiales podría ser, entonces, necesaria a tales efectos.

⁵⁵⁴ Considérese, por ejemplo, la siguiente tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de México, 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Septiembre de 2008; Pág. 590: DICTÁMENES PERICIALES CONTRADICTORIOS.

El citado precepto, al establecer que cuando los dictámenes periciales rendidos resulten sustancialmente contradictorios, de modo que el Juez considere que no es posible encontrar conclusiones que le aporten elementos de convicción, oficiosamente dará vista al agente del Ministerio Público para que integre averiguación previa por la probable comisión del delito de falsedad en declaraciones ante autoridad judicial por parte del perito que haya dictaminado y que resulte responsable, viola la garantía de debido proceso contenida en el artículo 14, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior es así, porque el referido precepto impide a las partes en juicio la debida integración de la prueba pericial, en la medida en que faculta al juzgador a efectuar el examen preliminar de los dictámenes rendidos por los peritos de las partes, previamente a que se designe al tercero en discordia y se lleve a cabo la junta de peritos prevista en el artículo 350 del referido Código, en la cual las partes pueden interrogar a los peritos para esclarecer algún punto materia de la prueba, y el resultado de esa junta es apto para disipar las dudas que le surjan al Juez y, en su caso, para aclarar las posibles discrepancias entre los dictámenes.

de resolver las dificultades que presenta el testimonio pericial (Dwyer, 2003: 12); obviamente, evitar un problema no es resolverlo.

Supongamos un caso en que es completamente indispensable determinada prueba pericial para la toma de decisión y que el juez tiene facultades para proponer pruebas. Si las afirmaciones de los peritos de parte son contradictorias y no tienen un valor probatorio suficiente para dar por probado determinado hecho o para determinar que la información brindada por otro elemento de prueba es fiable, el juez podría nombrar a un perito de su confianza. Pero qué pasaría en un supuesto límite en que tampoco el perito de confianza logre satisfacer las necesidades epistémicas del caso en cuestión, ¿qué le resta al juzgador?, ¿nombrar indefinidamente peritos hasta que uno satisfaga las necesidades correspondientes? Una estrategia adecuada en ese tipo de casos, aunque no sólo en ellos, podría ser efectuar un careo entre los peritos previamente nombrados.⁵⁵⁵

Al respecto, me parece muy interesante la regulación al respecto de las *Civil Procedure Rules* del Reino Unido. Concretamente, el artículo 35.12, titulado “discusiones entre expertos”, para lo que aquí me interesa, a la letra dice:

1. Los tribunales pueden, en cualquier etapa, ordenar una discusión entre los expertos con el propósito de requerirles:
 - a) identificar y discutir las cuestiones expertas en el procedimiento; y
 - b) de ser posible, llegar a una opinión acordada sobre tales cuestiones.
2. Los tribunales pueden especificar las cuestiones sobre las cuales los expertos deben discutir.

⁵⁵⁵ Picó i Junoy (2001: 158) considera que un careo entre peritos es “el mejor mecanismo para poner en entredicho la validez o acierto del dictamen, pues la contradicción de conocimientos entre personas de similares características profesionales permitirá al juez valorar mejor el contenido del dictamen pericial”.

También Rivera Morales (2011: 274ss) trata los dictámenes contradictorios entre expertos, sin embargo, no alude a un posible careo sino que confía (demasiado) en las habilidades del juez.

3. Los tribunales pueden pedir que en seguimiento de la discusión entre los expertos éstos deben preparar un informe donde presenten los puntos en los que:
 - a) están de acuerdo; y
 - b) no están de acuerdo, con un sumario de las razones del desacuerdo.

Por supuesto, tratándose de una legislación en materia civil en un sistema del *common law*, el rol de las partes es especialmente neurálgico. Por ello, el consentimiento de las partes, según la propia legislación, es determinante para que el contenido de la discusión entre los expertos pueda ser requerida durante el juicio oral o para que los acuerdos a los que pudiesen llegar los expertos durante sus discusiones obliguen de alguna manera a las partes. Pero más allá de discutir las consecuencias de un posible careo o discusión entre los expertos, lo interesante es concebir la mera posibilidad de tal discusión.

Una de las preocupaciones que puede generar, con razón, un careo entre peritos es terminar convirtiendo el escenario procesal en un cuadrilátero de estériles y/o complejos debates académicos o de especialistas, pero se pueden concebir controles adecuados para evitarlo, otorgando al tribunal amplias facultades al respecto, como se prevé en parte del artículo antes citado. En todo caso, un careo de este tipo se podría ordenar a efectos de:

- a. Determinar el objeto de la prueba pericial y/o los métodos o técnicas que se deberían utilizar, por lo que debería ocurrir antes de la formación de la prueba.
- b. Abordar alguna cuestión que, en opinión del tribunal, merezca mayor discusión una vez practicadas las pruebas.
- c. Especificar cuál es el desacuerdo y los acuerdos entre los peritos y, por supuesto, las razones de ello, también una vez que han sido practicadas las pruebas.

Este tipo de mecanismos adecuadamente concebidos podrían ayudar a la mejor comprensión por parte del juez, a que las partes se aseguren precisamente de dicha comprensión y, por supuesto, para una adecuada valoración de la prueba. Desde luego, prácticamente toda explicitación sobre el razonamiento experto de los peritos y el razonamiento probatorio del juez será mejor, lo vuelvo a decir, que un soliloquio pericial o judicial.

5. Sobre la valoración del testimonio pericial de confianza del juez

Algunas veces pareciera que la única diferencia que hasta ahora se concibe como relevante entre una prueba pericial de parte y una de nombramiento por el juez es precisamente la *designación*; otras veces no sólo es la mera designación por el juez sino que le acompaña una atribución de mayor valor probatorio a la pericial en cuestión. En ese trabajo se ha cuestionado esa especie de reduccionismo y se ha intentado dar argumentos para concebir mayores diferencias sustantivas entre ambos tipos de pruebas periciales; en la última etapa probatoria correspondiente a este epígrafe, la valoración del testimonio pericial, se tendrán que ver reflejadas esas diferencias, veamos cómo.

Para empezar, vale la pena decir que en el análisis de la valoración de un elemento de juicio pericial existe una tremenda mezcla y/o confusión en los criterios de valoración de la prueba pericial ofrecidos por la doctrina. Incluso podría decir que pareciera que toda la prueba pericial se condensa en la etapa de valoración probatoria, i.e. todos los criterios que se deberían observar tanto en su admisión como en su práctica son sugeridos sólo para la asignación de valor probatorio, aunque algunos de ellos hayan sido también tomados en cuenta para su admisibilidad (v.gr. la cualificación del perito) o práctica (v.gr. la ampliación de los extremos de la prueba pericial o la posibilidad de careo).⁵⁵⁶

⁵⁵⁶ Esto sería todo lo contrario a lo que denuncia Edmon (2012: 265) en referencia al *common law* con respecto a que los jueces tienden a fiarse de la eficacia de sus instrumentos procesales; aunque también dice que se fían en la habilidad de los jurados y los tribunales de

Es un lugar común considerar como un criterio de valoración básico “las cualidades personales del perito, como la competencia profesional y las que hagan presumir su objetividad, [como] el primer presupuesto de un buen dictamen y el primer elemento del análisis judicial (Pereda, 2006: 158)⁵⁵⁷. Sin embargo, cuando se trata de un perito de confianza del juez, ¿por qué debería considerarse esta cuestión al final de toda la actividad probatoria?, ¿no se está aquí ante un innecesario derroche de recursos y tiempo sugiriendo que hasta que se ha practicado el testimonio pericial, el juez (o el sistema) no se preocupará por estas cuestiones y, por tanto, lo hará únicamente para asignarles un valor probatorio? En mi opinión, todas estas relevantes cuestiones deben aparecer en etapas previas brindando mayor información tanto al juez como a las partes.

Pero, en lugar de incentivar una actitud activa (y racional) del juez y/o de las partes, otros criterios sugeridos para la valoración presuponen más bien la imagen de un juez pasivo, una prueba pericial reducida al informe pericial o un perito que no ha defendido adecuadamente su actividad pericial bajo el principio del contradictorio; lo que sucede, por ejemplo, cuando se toma como criterio de decisión la mera concurrencia de varios dictámenes periciales o el criterio mayoritario, el carácter detallado de las conclusiones del dictamen sin tener en cuenta la explicación del mismo en el contradictorio, el hecho de que el dictamen haya sido ratificado del perito, etc.⁵⁵⁸

En este sentido, una pregunta que debe plantearse antes de sugerir cualquier listado de criterios es cómo se ha desarrollado la admisión y la práctica de la prueba pericial, además de las consecuencias de los criterios que se han de

apelación para valorar y revisar la racionalidad de las opiniones de los expertos, en lo que coincidiría con nuestros sistemas.

⁵⁵⁷ Si bien es cierto que las llamadas virtudes epistémicas (como la honestidad intelectual o el coraje intelectual) de un sujeto, en este caso del perito, tienen que ver con cómo éste se relaciona con las pruebas, la justificación de creencias no puede ser explicada únicamente en términos de lo que un agente epistémico virtuoso creería (Haack, 1993: 139ss). Un interesante y representativo análisis sobre el rol de las virtudes en el razonamiento probatorio puede verse en Amaya y Ho (2013).

⁵⁵⁸ Véase, por todos, Abel Lluch (2012: 726ss).

sugerir. Así pues, una vez que se ha elegido al que se considera el mejor perito disponible para satisfacer ciertas necesidades epistémicas consideradas por el juez en un caso determinado, otorgándole cierto grado de confianza al atribuirle autoridad teórica y considerar que sus intereses encapsulan un interés en la averiguación de la verdad al menos en el transcurso del tiempo que lleve su actuación, y, además, se ha ejercido adecuadamente el principio del contradictorio tanto por las partes como por el propio juzgador, disipándose, por ejemplo, las dudas que podrían surgir a partir de la réplica de un posible asesor técnico de las partes, mostrando el perito de confianza del juez su responsabilidad epistémica, etc., ¿qué restaría por valorar? o, antes aun, ¿qué significaría valorar en dicho contexto?

En un modelo como el que aquí se propone, valorar el testimonio pericial de un perito de confianza del juez significaría que éste debe decidir cómo actuar sobre la base de la confianza otorgada al perito; concretamente, debe decidir si defiere o no en tal perito respecto de las proposiciones relevantes que conforman las conclusiones resultado de las operaciones periciales para las que se confió en él. La deferencia supone la decisión por parte del agente de suspender su juicio respecto del contenido de aquellas proposiciones; una decisión que en el caso del testimonio pericial aquí delineado tendría como base la confianza en el perito dada su autoridad teórica y en que es de su interés encapsular el interés por la averiguación de la verdad.

Ahora bien, hay que diferenciar la noción de deferencia de otras nociones como el acuerdo o el deber o la obligación, que pudieran ser problemáticas en el contexto procesal dada la función institucional que tiene asignada el juez, o que confundan los roles de los dos agentes epistémicos en juego. Respecto este último punto, por ejemplo, que el juez esté *de acuerdo* con el perito no es lo mismo que deferir en él; aunque algunas veces el supuesto acuerdo de un juez con el perito no sea más que una fórmula verbal incorrecta que en realidad esconde la deferencia, la cuestión aquí es mucho más sustantiva. Estar de acuerdo supone que el juez tenga un conocimiento profundo en la materia de

especialización en juego para poder especificar en qué punto comparte los mismos argumentos o conclusiones que el perito y por qué.

Rápidamente se podría objetar que los jueces no están obligados a asumir las conclusiones de la prueba pericial, por lo que es necesario distinguir la deferencia de la obligación y/o el deber.⁵⁵⁹ En términos generales, la deferencia en este contexto se vincula con el razonamiento teórico, en cambio la obediencia y/o el deber aludirían a razones operativas en razonamientos prácticos. Bajo el sistema de libre valoración de la prueba pericial, actualmente en vigor en casi en todos los ordenamientos jurídicos occidentales, podría decirse que el juez tiene libertad para decidir si defiere en el perito, dado que tiene razones epistémicas para ello, o no defiere, teniendo, entonces, otras opciones como seguir el peritaje presentado por alguna de las partes o resolver sobre la base de otros elementos de prueba.⁵⁶⁰

⁵⁵⁹ Se trataría de una obligación o deber moral de obedecer ciertas leyes o parcelas del derecho por haber accedido voluntariamente al cargo de juez. “Asumir el compromiso de desempeñar el cargo de juez, por ejemplo, implica aceptar todos los deberes que son consustanciales al mismo. Por esa razón, se suele hablar ... también de un “deber institucional” del juez de obedecer el derecho” (Malem, 1996: 536).

Como bien ha señalado Bayón (1991: 431), las expresiones “lo que se debe hacer” y “lo que se tiene obligación de hacer” muchas veces son usadas como sinónimos, sobretodo en el lenguaje ordinario y otras tantas se identifican algunas diferencias conceptuales importantes entre ambos. Pero más allá de esto, es importante separar dos órdenes de problemas: “[u]no de ellos consiste en aclarar qué es exactamente lo que se quiere decir al afirmar que se tiene una obligación o se tiene un deber cuando se pretende que estos términos –se conciban o no como intercambiables- se están utilizando en un sentido *no moral* y que, a pesar de ello, los enunciados con los que se afirma su existencia no son meramente *descriptivos*, sino genuinos juicios prácticos... . El segundo problema ... consistiría entonces en esclarecer qué es lo que se quiere decir cuando se afirma que alguien tiene una obligación moral o un deber moral”. También podría hablarse de un deber de seguir al perito, originado o generado a partir de prácticas o instituciones sociales.

⁵⁶⁰ Al respecto, Montero Aroca (2006: 103) al referirse a lo que él identifica como “peritaje científicamente objetivo” considera que “no puede hablarse propiamente de valoración de la prueba ... porque no es posible que el tribunal, diciendo que aprecia conforme a la sana crítica lo que se dice en el dictamen, llegue a sostener un hecho contrario al afirmado en ese dictamen.” Sin embargo, no deja de ser sorprendente que este autor no se preocupe de la designación del perito, limitándose a dar cuenta del sistema de lista corrida como método de designación. Supongo que lo anterior se debe a su concepción sobre ese supuesto tipo de peritajes, en los que, según él, no caben dos resultados; el problema es que reduce la actividad pericial a los resultados del dictamen, dejando fuera la posibilidad de que el perito no realice adecuadamente los procedimientos que deberían llevarle a otro resultado o que no utilice los medios adecuados para ello.

El evitar que se termine convirtiendo al perito en juzgador de los hechos es, sin duda, una de las preocupaciones fundamentales respecto del uso de la prueba pericial en el ámbito jurídico. En mi opinión, esta preocupación está fundamentada en un error: no distinguir la autoridad teórica de la autoridad práctica. El experto al que el juez le atribuya autoridad teórica le dirá lo que es, pero no lo que debe hacer. El juez debe decidir por él mismo qué hacer, i.e., qué declara probado; y esto último depende, entre otras cosas, del estándar de prueba aplicable.⁵⁶¹

5.1. Los estándares de prueba jurídicos y los estándares de prueba las áreas de conocimiento

Corresponde, para terminar el análisis, abordar ahora dos cuestiones distintas: el grado de confirmación que las proposiciones periciales en las que el juez ha deferido brindan a las hipótesis sobre los hechos del caso y, por supuesto, la *suficiencia* de dicha confirmación para tener por probados tales hechos. Normalmente no será un solo elemento de juicio el que deba ser considerado para la toma de decisión, sino un *conjunto* de éstos. En este sentido, se pasa de la valoración de un elemento concreto a la valoración del conjunto de elementos de prueba que han sido admitidos y practicados durante el proceso judicial. Y finalmente, el paso siguiente, una vez determinado el grado de

⁵⁶¹ También llaman la atención sobre un punto similar Marina Gascón, et. al (2010: 4), en lo que llaman el núcleo del paradigma de la verosimilitud de la prueba científica, aunque sin aludir en ningún momento a la distinción entre autoridad teórica y práctica. Según estos autores, dicho paradigma distingue tres preguntas: “¿qué nos dicen los datos u observaciones resultantes de esos análisis sobre las hipótesis en juego?, ¿qué debemos creer a partir de esos datos? y ¿qué debemos hacer?” La distinción entre las dos primeras, en su opinión, diferenciaría la tarea del perito, expresar lo que dicen los datos, y la del juez, valorarlos a la luz de los demás datos y pruebas disponibles. Hasta aquí, debo decir que estoy completamente de acuerdo en diferenciar las funciones del perito y del juez, y concretamente en que la función del perito es decir lo que es. Sin embargo, discierno respecto a la distinción trazada por Gascón, et. al., entre lo *qué debe creerse a partir de esos datos* y lo *que debe hacerse*. En primer lugar, así formulada la cuestión parece suponer que las creencias son voluntarias, cuando gran parte de la literatura epistemológica lo niega. Y, en segundo lugar, si como ellos (2010: 5) afirman: “lo que debe hacerse depende obviamente de lo que hay que creer”, ¿cómo pueden distinguir entre, por ejemplo, “creer que lo que hay que hacer es condenar” y “tener el deber de condenar”? Dicho deber es independiente de las creencias del individuo; por ello, concuerdo con Ferrer (2007), en que la toma de la decisión por parte del juez no involucra las creencias, sino la aceptación como verdadera de una de las hipótesis una vez superado el estándar de prueba

corroboración de cada una de las hipótesis en conflicto, es la adopción de la decisión sobre los hechos probados.

A efectos de decidir si las pruebas son suficientes para tener por probados los hechos es indispensable contar con un estándar de prueba, como ya se ha venido diciendo desde el primer capítulo. Desafortunadamente, en cambio, es muy habitual todavía que en los sistemas de derecho romano-germánico se apele, bajo una interpretación subjetivista del llamado sistema de la libre valoración de la prueba, a si la mera creencia de los juzgadores de los hechos es firme y sólida, una vez tenidos en cuenta todos los elementos de juicio admitidos y practicados (Laudan, 2005).⁵⁶²

Vale la pena recordar que un estándar de prueba indica el umbral que determina el grado de prueba mínimo necesario para “tener por probado que *p*” o, lo que es lo mismo, para que el juzgador tome la decisión sobre los hechos. Para adoptar la decisión sobre los hechos no es suficiente la mera comparación entre todas las pruebas que pretenden avalar las hipótesis fácticas en juego: es necesario determinar que alguna de las hipótesis alcanza cierto grado de prueba que se considera suficiente⁵⁶³ y, además, hay que considerar que puede suceder también que las diversas hipótesis tengan establecidas cargas de prueba distintas. Este umbral mínimo de prueba necesario para considerar probada una hipótesis, por otro lado, debe ser previamente conocido por las partes procesales por lo que debería estar establecido en la legislación correspondiente: sólo así podrá respetarse la seguridad jurídica.⁵⁶⁴

⁵⁶² En un contexto así, desde luego, cabe preguntarse ¿en qué situación queda el ciudadano que está siendo parte de un proceso si aunque se le asegure un derecho al debido proceso y a la prueba, finalmente termina siendo condenado o declarado responsable cuando el juzgador subjetivamente considera que está *persuadido, firmemente convencido*, etc.?

⁵⁶³ Podría darse el caso de que pese a que una de las hipótesis tenga un grado de corroboración mayor que la opuesta, siga siendo un mal conjunto de pruebas, insuficiente para declarar culpable o responsable a un sujeto, por ejemplo. Al respecto puede verse Laudan (2007) y más recientemente Ferrer (2014).

⁵⁶⁴ Es importante enfatizar en este punto que no se trata de una especie de regreso a las reglas de prueba tasada, pues los estándares de prueba suelen plantearse principalmente en la valoración del conjunto de pruebas *a efectos de* la toma de la decisión final; no afectan a elementos de prueba concretos estableciendo su valor *a priori*, como sí lo hacen las reglas de

La prueba pericial, tanto si es de parte como realizada por el perito de confianza del juez, incorpora aquí una peculiaridad. En efecto, tal como hemos dicho, las comunidades expertas tienen estándares propios para dar por probada una hipótesis; sin embargo estos estándares no necesariamente coinciden con los estándares de prueba jurídicos, por lo que podría plantearse cierta discrepancia entre ambos.⁵⁶⁵ Entiéndase bien, como se ha visto en el capítulo anterior, una cosa es la información empírica sobre la fiabilidad de las técnicas, métodos, instrumentos, etc. que son empleados en las investigaciones científicas; otra cuestión distinta es el grado de corroboración que se considera ha alcanzado una hipótesis en función precisamente de la investigación que sobre ésta se ha hecho mediante las técnicas, métodos, instrumentos, etc. fiables; y, una ulterior son las reglas de decisión sobre la suficiencia de ese grado de corroboración. Y es precisamente en esas reglas de decisión donde se plantea el problema.

La determinación del estándar de prueba jurídico presupone una decisión de política pública sobre el beneficio de la duda que se pretende dar a cada una de las partes implicadas y, con ello, la distribución del error que se busca conseguir en un proceso judicial.⁵⁶⁶ Por su parte, los estándares de prueba de las diferentes áreas del conocimiento presuponen también un determinado consenso en el área respectiva acerca del reparto del riesgo de error entre las distintas hipótesis en juego,⁵⁶⁷ Pero no puede darse por descontado que el estándar de prueba de la disciplina a la que pertenece el experto que ha participado en el proceso tenga que incorporar el mismo nivel de exigencia que el estándar de prueba previsto para determinar la prueba en el proceso.

prueba tasada que, además, sustituyen la actividad evaluativa o los criterios del juzgador (actuando, en este sentido, como una especie de presunción *iuris et de jure*).

⁵⁶⁵ Ferrer (2007: 48) ya señala la posibilidad de discrepancia entre estos estándares.

⁵⁶⁶ En este sentido, a la epistemología sólo le corresponde la construcción del estándar de prueba, más no determinar el grado mínimo indispensable, i.e., epistemológicamente se podría decir el cómo pero no el cuánto.

⁵⁶⁷ No es lo mismo, por ejemplo, en la farmacología o la física nuclear que en la historia o en la medicina forense. En cada una de estas disciplinas se adoptan estándares de prueba distintos, más o menos exigentes, en función de la gravedad que pudiera tener cada tipo de error (falsos negativos y falsos positivos).

Además, el experto habrá valorado las hipótesis sobre la base de un conjunto de pruebas científicas o técnicas, que no tienen por qué agotar las pruebas disponibles en el proceso, de forma que la satisfacción del estándar de prueba jurídico supone la valoración conjunta de todas las pruebas admitidas y practicadas *en* el juicio, no sólo de la pericial.

Para ejemplificar algunos problemas que podrían surgir al respecto puede ser de utilidad una peculiar regulación colombiana referente al uso de la prueba de ADN para demostrar quién es el padre biológico de un individuo. Específicamente, la ley 721 de 2001 en su artículo 7 establece que:

en todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen un índice de probabilidad superior al 99,9%.

Supongamos que en el área de conocimiento respectiva se considerara que un 99,73% es suficiente para determinar una *paternidad prácticamente probada* (Restrepo Fernández, 2007: 69).⁵⁶⁸ Supongamos también que la norma citada establece un estándar de prueba para el tipo de casos que regula.⁵⁶⁹ Desde luego, se podría discutir si el porcentaje indicado en la norma constituye un estándar de prueba *adecuado* o incluso si satisface las condiciones necesarias para serlo; por ejemplo, dados los términos numérico-matemáticos en los que está establecido, o porque puede percibirse cierto dejo de una exigencia similar a la certeza, o porque parece una exigencia hacia los peritos y no hacía las partes. Pero, por ahora, dejemos esa discusión de lado y centremos en que,

⁵⁶⁸ Siguiendo los criterios de Hummel, que expresan el grado de certeza racional en la determinación positiva de la paternidad describiendo una expresión matemática, tenemos: paternidad prácticamente probada (99,73%), paternidad altamente probable (99,00%), paternidad muy probable (95,00%), paternidad probable (90,00%) e indicación de paternidad (70,00%).

⁵⁶⁹ Podría también interpretarse la disposición contenida en el artículo 7 transcrito de modo que expresara un estándar de admisibilidad de la prueba: el juez ordenará y admitirá en ese caso sólo pruebas científicas que den como resultado una probabilidad mayor del 99,9%. Ahora bien, interpretada así, la disposición es absurda, por cuanto no puede saberse con antelación a la práctica de la prueba (tampoco de la prueba de ADN) cuál será el resultado que ésta arrojará.

obviamente, ese estándar de prueba jurídico es superior al estándar científico también citado: ¿está justificada tal diferencia?, ¿qué pasa en aquellos casos en que no se alcance ese 99,9%?, ¿el juez debe requerir la realización de pruebas, según la norma, *científicas*, adicionales hasta alcanzar una probabilidad mayor a la inicialmente obtenida?, ¿otro tipo de pruebas no-científicas aumentarían el grado de corroboración hasta satisfacer el estándar pese a lo previsto en la norma?

Imaginemos un caso concreto en que una prueba pericial alcanzara un 99,70%, que es inferior al 99,73% de la paternidad prácticamente probada según el área de conocimiento correspondiente, pero según ésta misma estaría sobradamente dentro de “una paternidad ampliamente probable”, ¿cuáles son las razones que jurídicamente se podrían esgrimir para *no* declarar la paternidad, cuando quizá si se atendiera, por ejemplo, a los intereses del menor podría incluso pensarse en un estándar mucho más bajo?

Supongamos, ahora, que en el caso concreto se decide complementar la prueba pericial con otro tipo de pruebas no-periciales. Por un lado, la prueba pericial en este caso es una prueba estadística, dependiente, por ejemplo, de la ratio de hombres que poseen el mismo genotipo del presunto padre mientras, por otro lado, las pruebas no-periciales no tienen normalmente carácter estadístico, de forma que difícilmente pueden ser evaluadas numéricamente, surgiendo el problema de cómo integrar pruebas estadísticas y no-estadísticas. Es más, no solo puede ser complicado concebir la integración de una prueba genética con otras pruebas no-estadísticas, sino también la integración entre diversas pruebas estadísticas; en este último caso nos enfrentaríamos al problema de la multiplicación para la conjunción de hechos estadísticos. Así pues, presuponiendo que la probabilidad de cada hecho sea menor al 99,73% exigido, al multiplicarse ambas probabilidades el porcentaje

resultante necesariamente disminuirá y, por ello, seguiría sin alcanzarse el supuesto estándar jurídicamente exigible (99,99%).⁵⁷⁰

Más allá de las dificultades de este ejemplo, es importante destacar que si el informe pericial especificara no sólo el grado de corroboración de la hipótesis sino, además, el estándar aplicable en el área de conocimiento respectiva, mejoraría en mucho la tarea de los tribunales en el tratamiento del testimonio pericial. Ahora bien, el establecimiento de estándares probatorios en determinado ámbito del conocimiento, evidentemente, no es una tarea que corresponda al perito individual sino a las comunidades de expertos, de modo que el perito deberá dar cuenta del estándar de prueba comúnmente aceptado en su área. Igualmente importante, insisto, es el establecimiento de estándares de prueba jurídicos, que tampoco dependen de juzgadores individuales, sino de una tarea legislativa adecuada. Una vez se disponga del estándar de prueba jurídico aplicable al caso, el juez deberá integrar el resultado de la prueba pericial y la valoración individual de la misma que haya realizado, junto a la valoración del resto de pruebas disponibles, para determinar si el conjunto de pruebas permite alcanzar el umbral probatorio exigido en el estándar por parte de alguna de las hipótesis en conflicto. Y en esa labor deberá cuidar de no asumir necesariamente que el estándar de prueba propio del área de conocimiento a la que pertenezca el experto que ha fungido de perito de confianza del juez se corresponde en su nivel de exigencia con el estándar de prueba jurídico.

6. A manera de conclusión

En este capítulo se propone un cambio de perspectiva en la prueba pericial realizada por un perito nombrado por el juez. Básicamente, se trata de articular un sistema que dote de contenido sustantivo la confianza del juez en el perito,

⁵⁷⁰ Si las distintas pruebas versaran sobre diversos hechos (independientes entre sí), de los que pudieran hacerse inferencias a favor o en contra de la paternidad, conviene recordar que en teoría de probabilidades matemáticas, la probabilidad de dos hechos independientes es igual a la probabilidad de uno multiplicado por la probabilidad del otro, lo que necesariamente da como resultado una probabilidad menor para la conjunción de ambos.

en el que el juez tenga realmente razones para confiar en el perito que designa para conocer ciertos hechos del caso. Así pues, la confianza no se trata aquí como una disposición, una emoción o una virtud que tienen o deben tener los jueces hacia cualquier perito, sino que se trata de una genuina actitud cognoscitiva.

Como también comenté en las conclusiones del capítulo anterior, no pretendo aquí presentar un resumen de los argumentos expuestos en el capítulo, me limitaré a ofrecer algunas conclusiones de tipo eminentemente práctico que se derivarían de esta concepción de la prueba pericial de confianza del juez que he desarrollado.

1. No son adecuados los sistemas que dejan a la suerte el nombramiento de un perito. Ésta, evidentemente, no ofrece ningún tipo de garantía siquiera sobre la *expertise* para el caso concreto del individuo que resulte seleccionado. Por ello, los sistemas de selección del perito oficial como la insaculación, el sorteo, el sistema de listas corridas, etc., deben ser abandonados.
2. La conformación de listados de expertos disponibles para actuar como peritos *podría* ayudar en la selección del perito oficial, sin embargo, no deben sustituir de ninguna manera la decisión del juez sobre quién es el mejor perito disponible para los hechos de un caso concreto. Dicha conformación algunas veces es hecha como una mera tarea administrativa encargada a algún órgano del poder judicial correspondiente en la que únicamente se espera que se presenten un cúmulo de participantes a satisfacer unos requisitos administrativos previamente establecidos; sin embargo, la mejor estrategia sería pedir a la propia comunidad de expertos dicha preselección. Para ello podría pensarse en al menos dos posibilidades:
 - a. Que la comunidad de expertos ofrezca un listado informativo de expertos disponibles que satisfaga dos requisitos. Primero, que este conformada por peritos de primer nivel en el contexto

determinado. Y, segunda, que contenga *información detallada* de la concreta *expertise* de los individuos que la conforman y sobre otros rasgos relevantes de éstos.

- b. Que sean las propias comunidades expertas quienes sugieran a quien consideran puede ser el mejor perito para conocer los hechos del caso que requieren de su *expertise*. Si se opta por este sistema, el juez debería tener razones para confiar en la comunidad respectiva.
3. Si bien es cierto que los actuales sistemas usados en muchos casos para la selección de peritos oficiales, como el sorteo o las listas corridas, etc., aseguran la imparcialidad *de origen* del experto así nombrado, nada dicen sobre otro tipo de imparcialidades que pueden presentarse después del nombramiento: un perito imparcial de origen puede tener sesgos cognitivos dadas ciertas predisposiciones o porque dispone de información deficiente (parcialidad cognitiva) y también puede tener una disposición motivacional para favorecer a alguna de las partes (parcialidad disposicional).
4. Para que la selección del perito sea racional se requieren criterios adecuados que justifiquen la confianza del juez en un perito *para X*, donde X es el conjunto de operaciones periciales que permitan informar sobre la verdad o falsedad de una hipótesis. Y ¿qué debe llevar a un juez a confiar en *un* perito?: Una evaluación previa a la designación de éste de las razones que tenga el juez para atribuirle autoridad teórica y, además, para considerar que el perito encapsulará el interés judicial por la averiguación de la verdad (esto es, lo tomará como guía para su actuación pericial).
5. El perito, como autoridad teórica sobre determinada cuestión, le dirá al juez *qué creer* sobre ésta (pero, en ningún caso, debe decirle qué debe hacer al respecto); por ello, el juez debe ser cuidadoso al decidir a quién le atribuirá tal autoridad. Dado que la propiedad de ser experto en una materia M es disposicional y consiste en tener un complejo de habilidades relativas a M, que no necesariamente se ejercen en todo

momento, el juez debe tener información sobre actuaciones anteriores del sujeto en las que se hayan ejercido y mostrado esas habilidades. Para ello, el juez debe disponer de una especie de *historial del perito* en el abordaje de problemas que compartan semejanzas relevantes con los hechos del caso; un historial que puede ir conformando el propio juzgador con sus experiencias pasadas con un perito concreto, un órgano del tribunal que de seguimiento a las actuaciones periciales o, en su caso, el juicio social que al respecto haga la comunidad experta a la que el perito pertenezca.

6. La expertise tiene, además del evidente ámbito personal, un ámbito irreductiblemente social: la experiencia de *un* individuo no es nada si está solo. Por ello, los jueces deben estar alerta a la existencia y cumplimiento de criterios socialmente compartidos entre los expertos de una determinada área para evaluar la corrección de lo afirmado por un individuo.
7. La confianza del juez en un perito no se limita a la evaluación de su capacidad para conocer de determinados hechos de un caso concreto; el juez también tiene que evaluar si al perito le interesa continuar su relación con él (o con otros jueces que se informen de su historial como perito) y/o los efectos que la pérdida de dicha relación pudiera originarle al perito. Si al perito le interesa mantener la relación, entonces es más probable que asuma como guía para actuar los intereses del juez. A los efectos epistémicos que interesan en este trabajo, no cualquier interés del juez es relevante a estos efectos sino sólo el interés institucional que debe tener *todo* juez en la averiguación de la verdad; en este sentido, podría hablarse de peritos de confianza de los jueces (y no de un juez en particular).
8. Un perito podría tener un interés personal por continuar su relación con el juez y, por ejemplo, de *motu proprio* ponerse autorestricciones a efectos de comportarse de determinada forma. Sin embargo, no es suficiente con la motivación interna, sino que se deben prever mecanismos externos que incentiven el comportamiento pericial de un

experto que será o ha sido seleccionado por el juez. Dado el contexto en que tiene lugar la relación de confianza entre el juez y el perito, se trata sobre todo de mecanismos institucionales. Para que un perito de confianza del juez sepa que una buena actuación pericial le traerá consecuencias favorables (además de la más obvia de que le continúen designando como perito en otros casos), se podría incentivar, por ejemplo, la elaboración y la publicación de investigaciones surgidas de peritajes forenses. Pero también conviene que el perito sepa que una mala actuación pericial tendrá consecuencias no sólo en un proceso judicial concreto, sino más allá de éste. Por ello, se pueden prever mecanismos “sancionadores”, como por ejemplo el establecimiento de listas de peritos “malos”, disponibles para todos los jueces de una comunidad jurídica dada o, cuando sea el caso, la exclusión definitiva del listado que presente una institución u organización.

9. A diferencia de los sistemas actuales utilizados para la selección de un perito oficial, en los que nadie es responsable del perito que termina siendo designado, bajo el sistema aquí propuesto el juez es responsable de la designación del perito. Esta es una responsabilidad epistémica, aunque que pudiera ir acompañada de consecuencias jurídicas, como sanciones por una evidente mala decisión.
10. ¿Será un juez (lego en la materia M) capaz de seleccionar al mejor perito disponible para conocer determinados hechos en un caso concreto? Para responder a esta cuestión quizás debería distinguirse entre dos tipos de casos: en primer lugar, aquellos más o menos estándar u ordinarios, donde el carácter de *repeat players* de los jueces les permite, precisamente, tener información sobre buenos peritos, tanto desde el punto de vista técnico como desde el punto de vista de su disposición a asumir el interés institucional por la averiguación de la verdad. Y, en segundo lugar, aquellos casos extremadamente complejos o novedosos, en los que un buen mecanismo pudiera ser que el juez se asesore en la propia comunidad de expertos antes de designar a aquél que actuará como perito de confianza.

11. Un sistema como el diseñado requiere, además, del establecimiento legislativo de algunas limitaciones:
- a. Para que en caso de haber un cambio de juez entre la designación de un perito y la resolución del caso, no se cambie necesariamente también de perito; sobretodo presuponiendo que si el perito es confiable lo seguirá siendo con independencia del juez. Aquí adquiere importancia la expresión de que el perito debe ser confiable para *los* jueces, dado que no encapsula el interés de un juez determinado sino el interés judicial institucional en la averiguación de la verdad.
 - b. Para que el nombramiento de un perito no recaiga continuamente en un mismo sujeto, sin tener en cuenta si para las peculiaridades del caso es el más adecuado o no.
 - c. Y, por supuesto, para que las partes puedan cuestionar el nombramiento del perito, a efectos de constituir un contrapeso adecuado a las facultades y decisiones judiciales. Ese cuestionamiento puede implementarse procesalmente de diversas maneras: por ejemplo, mediante un recurso específico, ante el mismo juez o un tercero, o bien en el marco de un recurso sobre el fondo de la sentencia, etc.
12. La prueba pericial realizada por un perito de confianza del juez se constituye tanto por las operaciones periciales que se efectúan en el marco del proceso, como por el informe pericial presentado a partir de éstas y, por supuesto, las afirmaciones que el perito efectúe durante su presentación en el juicio oral. Por ello, en ejercicio del principio de contradicción las partes deben poder asistir a la realización de las operaciones periciales correspondientes y, en su caso, cuestionar el informe pericial. Para que ambas cuestiones sean más sustantivas que formales, las partes deberían poder apoyarse en una especie de auxiliar técnico (es decir, en otro experto en M, que puede ser o no perito de parte). Dicho auxiliar técnico debería poder asistir a las operaciones

periciales, así como intervenir en el interrogatorio del perito de confianza del juez.

13. El perito, por su parte, debe ser capaz de responder a todos los cuestionamientos planteados por las partes, asumiendo su responsabilidad de mostrar la verdad de sus afirmaciones. Obsérvese, pues, que no estamos interesados sólo en saber qué cree el perito, sino en las razones que pueda ofrecer para justificar sus afirmaciones.
14. El juez, habiendo elegido al perito basándose en determinadas razones para confiar en él en un caso concreto y una vez que ha visto satisfechas las necesidades epistémicas que identificó (suponiendo que el perito ha realizado adecuadamente las operaciones periciales, ha explicado sus resultados y, además, ha respondido a las preguntas de las partes), debe, entonces, deferir en él respecto a p. Cuando sea necesario, el juez debe apelar explícitamente a la autoridad teórica del perito.
15. El juez es el único responsable de las inferencias que hace a partir del testimonio pericial sobre los hechos del caso, tanto para atribuirle valor probatorio a dicho elemento de juicio en particular y en conjunto con el resto de pruebas, como para la toma de la decisión fáctica. Así pues, aun cuando un experto diga que en su área de conocimiento “está probado que p”, nada está diciendo sobre si “está probado que p” también para el derecho, que es una decisión que corresponde al juez.

En los últimos años hemos asistido a reformas muy diversas sobre el proceso judicial en los distintos sistemas jurídicos, en las cuales una constante ha sido la modificación de la regulación sobre la prueba pericial. Particularmente, la prueba pericial oficial o la prueba realizada por un perito nombrado por el juez ha pasado de ser la regla general a convertirse más bien en una excepción en muchos sistemas jurídicos. Es decir, éstos tienden cada vez más a facultar a la partes para que nombren a sus propios peritos y sólo en algunos supuestos facultan al juez a nombrar al experto que fungirá como tal. Como dije al inicio de este capítulo, esta decisión es una cuestión de política pública que debe ser

decidida por el legislador, aunque sí vale la pena advertir que la desaparición de este sistema merma sobremanera las herramientas que tiene el juez para decidir correctamente un caso. Ahora bien, no sólo hay que demandar el mantenimiento del instrumento probatorio de la prueba pericial de confianza del juez, sino que es indispensable mejorarla, tanto desde el punto de vista de la designación del perito, como de su práctica y valoración. En este capítulo he intentado argumentar las razones de ello y proponer un sistema que otorgue racionalidad a esta forma de entrada de los conocimientos expertos en el proceso judicial.

Conclusiones

El objeto de análisis de este trabajo ha sido la prueba pericial, poniendo el énfasis fundamental en las cuestiones relacionadas con el razonamiento probatorio general; por ello, no está limitado a un sistema jurídico en particular sino fundado en propiedades que son más o menos compartidas por diversos sistemas jurídicos que prevén dicho elemento de juicio. Se trata de un proyecto en parte reconstructivo y también en buena parte normativo, que pretende dar algunas pautas sobre cómo debería ser la admisión, práctica y valoración de la prueba pericial tanto cuando ha sido realizada por un experto seleccionado por las partes como cuando ha sido llevada a cabo por un experto elegido de alguna manera por el juez.

Se ha presentado un análisis de la prueba pericial dentro del marco de una teoría racional de la prueba, i.e., asumiendo que el objetivo de la institución probatoria es la averiguación de la verdad y que ello exige adoptar decisiones justificadas sobre la base de pruebas previamente seleccionadas y practicadas de acuerdo con reglas epistemológicas adecuadas. Por supuesto, no se trata de un análisis exhaustivo, en parte porque creo que muchos de los problemas de los muy diversos tipos de pruebas periciales que actualmente tienen cabida en el funcionamiento ordinario de los tribunales exigen más bien un estudio especializado que explicita sus peculiaridades y, precisamente, de ellas.

En este sentido, sería muy conveniente que se fortalezca un diálogo mucho más fluido con los especialistas de las diversas áreas de conocimiento, en el que, por ejemplo, el rol de los colegios profesionales no se limite a enviar anualmente listados de miembros disponibles para hacer peritajes o a colegiar especialistas que puedan ser contratados por las partes; y, viceversa, al mundo jurídico le conviene aprender mucho más sobre cuestiones expertas (no-jurídicas) pero de impacto en la práctica del derecho, por ejemplo, buscando la formación continua de sus jueces al menos en aquellas materias que conforman su día a día o buscando activamente la colaboración pericial de

especialistas reconocidos y no simplemente gestionando sistemas de nombramientos de peritos como un trámite netamente administrativo. En general, se debe brindar a los jueces la formación necesaria para que sean buenos consumidores y gestores de información experta.

La nota característica de las pruebas periciales es el conocimiento experto que involucran. Sin embargo, dicho conocimiento no puede ser entendido simplemente como un cúmulo de proposiciones y sus relaciones lógicas, sino que tiene que ser reconstruido considerando al sujeto cognoscente. Y, como todo proceso de conocimiento de unos hechos por parte de un sujeto, éste implica una compleja interrelación entre hechos externos, cognición y valores. Por ello, es indispensable abandonar el objetivismo ingenuo que supone que los hechos son plenamente objetivos y los conocemos porque impactan de alguna manera en nuestra conciencia.

En cualquier caso, en toda concepción de la prueba pericial está presente la discusión de qué es *ser* experto. Como se ha dicho, la *expertise* es una facultad disposicional. No tiene un efecto halo, sino que es determinada sobre una materia específica M. Y puede ser concebida de forma relacional, es decir, suponiendo una relación entre el sujeto que es experto y un tercero consumidor de su conocimiento. Bajo esta perspectiva, de poco o nada sirven definiciones extremadamente vagas sobre el conocimiento experto del tipo “conocimientos que trascienden las reglas comunes de la experiencia y van más allá del patrimonio cultural del hombre medio.”

Además de ese ámbito personal, la *expertise* tiene también un ámbito social. Por ello, en el trabajo se hace un énfasis en los diversos aspectos sociales del conocimiento, acudiendo a la llamada epistemología social. No obstante, se asume aquí una concepción relativamente clásica de la epistemología social. Así, pese a que cobra suma importancia en qué medida nuestras instituciones favorecen la adquisición de creencias verdaderas o, por el contrario, interfieren en ello, se tiene como centro de atención a los agentes individuales.

Asumiendo esto, al menos en lo que respecta a la prueba pericial, la llamada epistemología jurídica es social y, por ello, debe dar cuenta de la *interacción* entre individuos en la adquisición y justificación de sus creencias o conocimiento; asumiendo, pues, la división del trabajo cognitivo como característico de las sociedades actuales en que tienen lugar los procesos judiciales.

Pero, en la prueba pericial la cuestión más relevante no es ser perito, sino cómo *aprende* el juez del experto en la materia M o cómo conoce el juez mediante el experto en M. Es un lugar común que el juez normalmente no tiene acceso directo o inmediato al objeto de análisis de la prueba pericial (lo que, parece constituir una especie de excepción a la intermediación judicial); los hechos son percibidos e interpretados por un tercero, dependiendo el juez epistemológicamente de éste. Ese tercero mediante un *acto de habla* (oral y/o escrito) funciona entonces como fuente de conocimiento, lo que en epistemología se identifica como “testimonio”. Así, tanto el informe pericial como las afirmaciones que en ejercicio del principio de contradicción realiza el perito constituyen, pues, su testimonio.

Sin embargo, las afirmaciones testimoniales que ofrece un perito (o cualquier otro hablante) no son meros vehículos para expresar sus creencias que pueden ser simplemente heredadas por el juez (o por cualquier otra audiencia). Ambos, el perito y el juez, tienen un trabajo epistémico por realizar a efectos de que este último obtenga creencias testimoniales justificadas. Todas estas cuestiones conforman el debate de la epistemología del testimonio.

Se han dado argumentos para superar la clásica oposición entre las concepciones tradicionales de la epistemología del testimonio: el reduccionismo y el no-reduccionismo. Mientras la primera impone a la audiencia una carga prácticamente inasumible al exigirle pruebas obtenidas personalmente, sin considerar sus limitaciones cognitivas; la segunda, en cambio, es peligrosamente permisiva al suponer básicamente una especie de

justificación *a priori*, en que la audiencia no tiene ningún trabajo epistémico por realizar a menos que tenga algún tipo de derrotante. Trasladado este debate a la prueba pericial, se sostendría:

- a. Desde una concepción reduccionista: el juez debe tener personalmente pruebas de la fiabilidad del testimonio. Con lo que se pueden vislumbrar dos posibilidades:
 - i. Se opta por una especie de tribunales especializados para cada caso. Pero en este supuesto, además de los problemas económicos que conllevaría, y los problemas jurídicos de identificación del juez especialista adecuado para cada caso, estaríamos fuera del ámbito testimonial.
o
 - ii. Se termina convirtiendo al juez (lego) en una especie de pseudoexperto dadas las fuertes exigencias que se le requerirían.
- b. Desde una concepción no-reduccionista: el perito debe ser creído *a menos que* haya razones poderosas para no hacerlo, con lo cual se deja la puerta abierta a la credulidad, la irracionalidad o la irresponsabilidad epistémica del juez.

En definitiva, ambas opciones son rechazables, por distintos motivos. Pero antes de ofrecer una alternativa vale la pena decir que esta situación no es privativa del mundo jurídico: en nuestras sociedades actuales, cada vez más especializadas y con un constante incremento en la información disponible, es prácticamente imposible que *un* individuo tenga el tiempo y la capacidad para aprender por sí sólo lo que entre muchos sabemos. Así, el conocimiento testimonial o las creencias testimoniales están presentes en la conformación de todo nuestro *background*. En cualquier caso, con independencia del lugar que ocupan las creencias o el conocimiento testimonial en una red más amplia de conocimiento, como sería el *background* de un agente epistémico maduro, este trabajo se centra en cuál debería ser la actitud de un juez frente a un testimonio experto.

Así pues, en el trabajo se presentan dos concepciones diversas sobre el testimonio como fuente de conocimiento que superan el debate reduccionismo vs. no-reduccionismo, aplicadas al testimonio experto y las exigencias que el derecho probatorio impone cuando se trata de una prueba pericial de parte y una prueba pericial realizada por un perito de confianza del juez. Así pues, se han dado argumentos para considerar que se trata de dos categorías distintas de prueba pericial y, por ello, obedecen también a modelos testimoniales diversos, asumiendo, pues, que la categoría epistemológica del testimonio experto en el contexto judicial *no* es unitaria. En algunos sistemas jurídicos, incluso, sólo una de ellas es considerada como prueba pericial, concretamente aquella conformada dentro del proceso por un perito que ha sido nombrado por el juez.

Es posible identificar las siguientes diferencias de partida entre las dos categorías de pruebas periciales: el perito de parte es un experto elegido, precisamente, por una de las partes después de tener de alguna manera un resultado sobre los hechos del caso; realiza las operaciones periciales sin ningún control procesal, presentándole al juez determinadas afirmaciones sobre los hechos que éste tiene que valorar. En cambio, el perito de oficial es nombrado por el juez antes de que tenga un resultado sobre las cuestiones expertas que se le consultan; realiza sus operaciones en el marco del proceso y, por ello, son susceptibles de controles procesales, amén de que el juez puede especificar las necesidades epistémicas del caso. Para la admisión del perito de parte el énfasis se sitúa en condiciones mínimas para que un tercero pueda ser *a priori* considerado como experto en aquella cuestión que las partes pretenden argumentar; en cambio, en la selección y nombramiento de un perito oficial están ya implicadas razones para creer en su testimonio.

He tratado aquí al perito oficial como un perito de confianza del juez, precisamente porque su selección debería fundarse en razones para creer en su testimonio; asumiendo, entonces, una noción de confianza genuinamente

cognitiva. Por ello, se debe prestar mucha mayor atención a los *criterios* con los cuales el juez selecciona al perito, más allá del nombramiento en sí mismo y su imparcialidad de origen. Tales criterios deben servir para que el juez confíe en el perito que nombra y las razones que la fundamentan son determinantes, puesto que de ellas depende la justificación de la adquisición de conocimiento vicario por parte del juez que le ayudará en la toma de decisión sobre los hechos del caso. Pero, entonces, ¿qué debe llevar a un juez a confiar en *un* perito?: Una evaluación previa a su designación de los elementos que tenga el juez para atribuirle autoridad teórica y, además, considerar que el perito encapsulará el interés judicial por la averiguación de la verdad (esto es, lo tomará como guía para su actuación pericial).

En cambio, cuando se trata de un perito seleccionado por las partes corresponde a éstas elegirlo, presentando al juez información con fundamento en la supuesta *expertise* de aquél a efectos de sustentar sus pretensiones. Se da, entonces, una parcialidad estructural de la misma, pues si el testimonio no le fuera favorable a la parte que lo ofrece, previsiblemente, no lo presentaría. Así las cosas, vale la pena plantearse algunos controles jurídicos para la admisión de este tipo de pruebas con el objetivo de vigilar las estrategias de defensa de las partes y gestionar adecuadamente los recursos disponibles. Ahora bien, la justificación de creencias testimoniales del juez exige que éste tenga razones positivas que hagan que al menos sea razonable aceptar el contenido del testimonio ofrecido por el perito de parte. Mientras, el perito debe mostrar que hay un soporte epistémico disponible que hace probable que sea verdadero lo afirmado en el acto de comunicación. El perito debe afirmar que *q* sólo si es razonable para él creer que *q*, no porque tenga unas u otras credenciales; el test sobre la *expertise* *no* puede ser la propia *expertise*.

En los sistemas jurídicos de tradición romano germánica, precisamente la etapa de admisión ha venido cobrando mayor importancia cuando se trata de pruebas periciales, implementándose o sugiriéndose mayores controles sobre la *calidad* de éstas. Unos controles adicionales al juicio de relevancia al que

debe ser sometido todo elemento de juicio que se pretenda incorporar al proceso judicial. La atención en la etapa de admisión se debe en gran parte a la influencia que ha tenido la experiencia estadounidense en nuestros sistemas, particularmente el caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*

Aunque en los diversos sistemas jurídicos algunas preocupaciones sobre la prueba pericial son compartidas, el énfasis se ha venido poniendo en puntos distintos dependiendo de la realidad de cada sistema, así:

- a. Mientras en sistemas de tradición romano-germánica se ha defendido el rol de *peritus peritorum* del juez en la *valoración* de las pruebas, en Estados Unidos se ha concebido al juez como un *gatekeeper* capaz de filtrar en la *admisión* elementos de juicio de baja calidad que no debería conocer el jurado.
- b. En nuestros sistemas se ha previsto sobretodo un control *a posteriori* del razonamiento judicial sobre las pruebas periciales, dada la obligación del juez de motivar la valoración que ha hecho de una prueba pericial (por supuesto, no solo de éstas); en cambio, el jurado estadounidense no tiene la obligación de motivar sus decisiones y, por tanto, este posible control es inexistente.
- c. En ambos se muestra una preocupación por las capacidades del juzgador de los hechos, sólo que en el sistema estadounidense es un *jurado lego* (en cuestiones jurídicas) que muchas veces se presupone debe ser protegido epistemológicamente por el juez profesional, mientras en nuestros sistemas las capacidades de un juez profesional suelen ser comparadas con las del propio experto que participa en el proceso.
- d. Existe en ambos cierta preocupación por el gremio de los expertos, aunque en nuestros sistemas la preocupación se ha centrado tradicionalmente en que no actúe el mismo perito en los diversos juicios de un juez, mientras que en Estados Unidos la preocupación se sitúa en el creciente mercado de peritos, que algunos conciben como disponibles

a decir prácticamente cualquier cosa conveniente la parte que lo contrate.

Y, sobre todo, en sistemas de derecho romano germánico se prevé también la posibilidad de disponer de un perito nombrado por el juez, mientras en Estados Unidos paradigmáticamente se trata de un perito seleccionado por las partes. Además, allí se considera que las partes tienen una especie de derecho a instruir a sus testigos y expertos, mientras en nuestros sistemas se suele prever la obligación de todo perito para con el tribunal de decir la verdad y una serie de sanciones para aquél que la incumpla. Debe advertirse que no hay ninguna incompatibilidad entre esa exigencia de decir la verdad y el carácter de parte del perito. La lógica de nuestros sistemas no es que el perito de parte diga lo que conviene a quien le paga con independencia de lo que crea. La idea es, en cambio, que la parte pueda seleccionar al perito que genuinamente sostenga una versión de los hechos que le sea favorable. Si para conseguirlo tiene que seleccionar a un perito peor, este será el precio epistémico que el juez deberá valorar en su momento.

El segundo capítulo del trabajo está dedicado al análisis de la experiencia estadounidense sobre la prueba pericial, concretamente a los criterios que resolvió la Corte Suprema en el famoso caso Daubert para decidir la admisibilidad de este tipo de pruebas. Aunque el caso Daubert está conformado por otras diversas decisiones o presupuestos, algunas parroquiales, como la interpretación de textos normativos estadounidenses y la resolución de la contradicción en los criterios empleados por los tribunales estadounidenses; y otras, de interés más general, como el rol del juez, una admisión rígida o flexible, etc. Entre todas las cuestiones vistas, vale la pena resaltar los problemas (y pseudoproblemas) que genera un supuesto de partida en Daubert: la científicidad del conocimiento.

La calificación de algo (conocimiento, teorías, ideas, proposiciones, experimentos, prácticas, comunidades, etc.) como científico muchas veces es

empleado como sinónimo de fiabilidad. Esta asunción implica enfrentar el problema de la demarcación, es decir, la búsqueda e identificación de las condiciones necesarias y suficientes para determinar aquello que es científico y excluir aquello que no lo es. Unas condiciones que, por supuesto, otorgarían superioridad epistémica al conocimiento, teorías, ideas, proposiciones, experimentos, prácticas, comunidades, etc. calificadas como científicas; y cuyas credenciales epistémicas, desde luego, deben estar justificadas.

Como es evidente estas cuestiones son de gran calado epistemológico y no pueden ser decididas por los jueces. Podría argumentarse, entonces, que éstos usen, por ejemplo, los criterios que para ello se hayan desarrollado en la filosofía de la ciencia o en la epistemología. Sin embargo, precisamente en esas áreas el problema de la demarcación ha sido tachado de pseudoproblema. Además, es ampliamente aceptado que no todo lo que es ciencia es fiable y no todo lo fiable es ciencia; la empresa científica es falible y sólo ofrece conocimiento probable.

Ahora bien, si se emplea el predicado “científico” es necesario tener una definición del mismo. En el trabajo no se ha ofrecido ninguna definición de ciencia, sino un tipo de caracterización, que considero más adecuada, a partir de un “parecido de familia” entre los ejemplos paradigmáticos de ciencia. Así, habría que buscar las afinidades entre los ejemplos paradigmáticos de ciencia, ninguna de las cuales es compartida por todas las ciencias, pero cada una de las cuales pueda ser identificada en algún grado en alguna ciencia.

Dado que no hay una línea precisa entre lo que es ciencia y lo que no lo es y que, en cualquier caso, atribuir la etiqueta de “científico” tampoco es sinónimo de infalibilidad, resulta conveniente abandonar el debate sobre la distinción entre pruebas científicas y no científicas, situando el interés epistemológico fundamental en cómo aprendemos de terceros. Por ello, esta investigación gira en torno a la prueba pericial, con independencia de su carácter científico, y sobre el testimonio como fuente de conocimiento.

Volviendo al caso Daubert y la experiencia estadounidense, se ha podido ver en el capítulo segundo que la historia completa (y relevante) está conformada por un caso previo (*Frye v. United States*) y dos posteriores a Daubert (*General Electric v. Joiner* y *Kumho Tire Co. v. Carmichael*), que siguen mostrando de manera muy explícita un abordaje epistemológico de los problemas de identificación de las pruebas científicas.

Por su parte, el caso *Frye* y su criterio de la aceptación general de la comunidad científica, ahora en boga en nuestros sistemas, estaba pensado para excluir la llamada ciencia *novel* del proceso judicial. Se trata de un criterio conservador que, pensado para evitar exigirle demasiado al juez y facilitar su tarea, esconde en realidad sus problemas: la identificación de la comunidad de referencia y el tribalismo. Respecto al primero, podría darse el caso que una comunidad acepte de forma general “x”, mientras otra no lo acepte; y, por ello, elegir la comunidad de referencia sería determinante a efectos de satisfacer el criterio. Sin embargo, el citado criterio podría leerse enfatizando únicamente la aceptación o, de forma más acertada, enfatizando el fundamento de dicha aceptación general. Quizá esta segunda lectura podría superar los problemas que conlleva la primera. Enfatizar simplemente la aceptación podría llevarnos a cierto tribalismo, pues si se le pregunta a la comunidad de lectores de posos de café, dirán que “x” está aceptado por su comunidad. En cualquier caso, *Frye* constituye el giro epistemológico en el análisis de la prueba pericial al iniciar la discusión sobre la calidad del conocimiento experto, con independencia de las características personales o profesionales del perito.

Por otro lado, tanto el caso *Joiner* como *Kumho* inician el recorrido de la prueba científica a la prueba pericial, abandonando el problema de la demarcación y ampliando la discusión a todo tipo de pericias. El primero cuestiona, entre otras cosas, por ejemplo, el atomismo impulsado por Daubert en la admisión de las pruebas periciales. Mientras el segundo pone sobre la mesa de debate que las

particularidades del caso son determinantes para el control judicial de la fiabilidad de este tipo de pruebas.

El análisis realizado en el capítulo segundo, dedicado a la experiencia estadounidense sobre la prueba pericial, permite concluir también que la tendencia seguida por diversos sistemas procesales de tradición romano-germánica y muchos autores de importar las soluciones norteamericanas, apelando a la sentencia Daubert, es equivocada por diversas razones. En primer lugar, las respuestas a los problemas planteados por la prueba pericial en Estados Unidos no se reducen a los criterios propuestos en Daubert, algunos de ellos han sido abandonados (al menos en la legislación federal), y la diversidad de tratamiento a nivel de los estados es muy grande. En segundo lugar, la experiencia estadounidense presenta también soluciones a problemas estrictamente parroquiales (que no se pueden trasladar a sistemas estructuralmente distintos) y criterios epistemológicamente muy cuestionables o cuya aplicabilidad se reduce a algunos tipos de prueba pericial. Por todo ello, se muestra la necesidad de conducir el análisis de la prueba pericial por otros derroteros.

La heterogeneidad de las muy diversas pruebas periciales desborda cualquier intento de unificación en *un* criterio para valorar su calidad, como la misma científicidad del conocimiento, actualmente en boga, o la (tradicional) imparcialidad de origen del perito. Pero tampoco la estrategia de parte de la jurisprudencia y la doctrina de ofrecer amplios listados de criterios de valoración de la prueba pericial está exenta de problemas sustantivos. Uno de ellos, por ejemplo, es que puedan ser entendidas como una especie de *check-list*. No hay un criterio pero tampoco una lista cerrada de criterios aplicables a todo tipo de pruebas periciales; muchos de estos tienen un origen totalmente jurídico y no se consideran los criterios de valoración empleados por las propias comunidades expertas que deberían decirnos más sobre cómo nuestros jueces pueden obtener mayor información sobre la calidad de las pruebas periciales en general.

Pero que los expertos nos *expliquen* sus propios criterios no basta; los jueces deben exigir que las áreas de conocimiento brinden información *empírica* sobre cómo de hecho trabajan los métodos, técnicas, procedimientos, etc. que se emplean en las operaciones periciales, especialmente en aquellas áreas cuyo principal consumidor es el proceso judicial, como las llamadas ciencias forenses. Que el juez cuente con este tipo de información empírica serviría, por ejemplo, para que seleccione de manera más adecuada al perito de su confianza o para preguntar cuestiones centrales durante la práctica de las pruebas periciales, del mismo modo que sirve la *expertise* que de alguna manera pueda conformar su conocimiento privado.

La obtención de información empírica puede ser incluso incentivada desde los tribunales. Por ejemplo, cuando se trate de una prueba pericial de parte, excluyendo o no atribuyendo valor probatorio a las pruebas periciales que no tengan ese tipo de información, dado que sin ella es imposible que el juez conozca la calidad de las pruebas; y, cuando se trate de una prueba pericial de confianza del juez, incentivando ese tipo de investigaciones.

Por lo que toca a la práctica de la prueba pericial en general, es muy importante que se prevea y se asuma un rol activo tanto de las partes como del propio juzgador a través del principio del contradictorio. Cuando se trata de una prueba pericial de parte, se enfatiza la necesidad de que el juez tenga la posibilidad de preguntar todo aquello que resulte conducente a su mejor comprensión de lo afirmado; en cambio, cuando es un perito de confianza del juez, sin excluir lo anterior, se enfatiza el contradictorio como garantía de control de las partes en la conformación y presentación de pruebas.

Antes de cuestionar las capacidades del juez para valorar la prueba pericial, muchas veces sin tener datos empíricos que sustenten tal desconfianza, habría que preocuparse por ofrecerle mecanismos procesales adecuados para mejorar su situación epistémica y facilitar su labor. En cambio, muchas de las

soluciones ofrecidas para hacer frente a esa supuesta falta de capacidad de los juzgadores de los hechos suponen lo que podemos denominar como paternalismo epistémico. Ahora bien, para justificar la adopción de medidas paternalistas epistemológicamente hablando, es necesario:

- a. Tener información empírica sólida que fundamente tales deficiencias, mostrando que producen una tendencia al error y no sólo la existencia de errores ocasionales. Para ello, habrá que tomar en consideración, además, las características de cada tipo de juzgador, puesto que podrá haber diferencias importantes entre un juzgador profesional y un jurado lego, por ejemplo.
- b. Que tales deficiencias sean relevantes para la tarea a realizar (no se le pide al juez que compruebe o rehaga las operaciones periciales que llevan a un determinado resultado).
- c. Analizar qué mecanismos paternalistas son adecuados. Incluso si se considera justificado ejercer el paternalismo epistémico sobre los jueces, ello no autoriza a considerar apropiado cualquier mecanismo paternalista. No siempre será acertado, por ejemplo, excluir pruebas que puedan aportar información relevante; puede considerarse también la imposición de programas de formación continuada que hagan del juez un mejor consumidor de información experta, etc.

Por otro lado, por supuesto, la prueba pericial realizada por el perito de parte y la efectuada por el perito de confianza del juez comparten todos los problemas *qua* especie del género al que pertenecen: la prueba. La concepción de la prueba que se sostenga, sin duda, delimitará en mayor o menor medida los problemas que se identifiquen de la prueba pericial y, obviamente, las soluciones que se pueden llegar a brindar.

Si consideramos que las pruebas deben persuadir o motivar la confianza psicológica del juzgador podría ser congruente plantear como criterios *determinantes* o únicos, por ejemplo, la reputación del perito experto o su claridad expositiva. Pero, si en cambio, se sostiene que el objetivo de las pruebas es fundamentar suficientemente una decisión para facilitar la

averiguación de la verdad, entonces exigiríamos más información, digámoslo así, sobre la información que un perito usa o sobre las afirmaciones que como tal hace. Lo incongruente es, por supuesto, sugerir criterios objetivos para la valoración de la prueba pericial y luego, finalmente, defender modelos de toma de decisiones basados en la consciencia, las creencias o la convicción subjetiva del juez.

Todo lo dicho hasta aquí supone, entonces, que un adecuado análisis de la prueba pericial en general conlleva necesariamente una teoría de la prueba sólida que deje de apelar a la subjetividad del juez, ofrezca bases epistemológicas sobre el conocimiento experto que den fundamento a las exigencias jurídicas.

Amén de estas consideraciones teóricas generales, en lo que sigue pretendo delinear algunas conclusiones prácticas particulares en tres escenarios diversos que, por ello, pudiesen tener destinatarios también distintos.

1. Dirigidas a la cultura jurídica en general

La cultura jurídica general es un complejo discurso que incorpora, entre otras tantas cosas, los objetivos del derecho y sus diversas instituciones, los roles de los diversos actores implicados, la autoridad e importancia de las decisiones judiciales y la competencia epistémica de sus agentes. Al nivel de ese *background* cultural sería muy relevante incorporar algunas asunciones básicas respecto del tema que nos ocupa en este trabajo:

- 1.1. Ningún individuo tiene las capacidades suficientes para conocer por sí sólo lo que entre muchos individuos ahora sabemos.

Por ello, el aprendizaje *mediante* el testimonio es fundamental y se deben tomar acciones a nivel personal para desarrollar las capacidades para adquirir creencias testimoniales justificadas. Y a nivel social, desarrollar mecanismos

institucionales que faciliten contar con testimonios adecuados que brinden información experta apropiada.

- 1.2. El método científico. No hay *un* método científico que permita distinguir a las ciencias de cualquier otra actividad, que sea aplicado por todas las ciencias y sólo por éstas y que asegure la calidad de los resultados.

En cambio, si hay un conjunto muy heterogéneo de métodos empleados por las diversas áreas de conocimiento, de los cuales no sólo necesitamos una explicación sobre cómo deben funcionar, sino también información empírica sobre cómo de hecho están funcionando.

- 1.3. La imparcialidad es una cuestión que va mucho más allá de la relación del perito con la parte que lo contrata.

Si bien es cierto que el perito de parte es parcial de origen por su selección, lo que he denominado en el trabajo parcialidad estructural (considerando que las partes no presentarían una prueba que fuera contraria a sus intereses), hay otro tipo de im/parcialidades no necesariamente vinculadas con este aspecto. Esos otros tipos de parcialidades o imparcialidades pueden afectar tanto a un perito imparcial de origen como el seleccionado por un juez como al perito de parte. Y debe resultar claro un punto de partida: la parcialidad o imparcialidad de origen no justifica la atribución de mayor o menor valor probatorio a la prueba pericial.

Además de la parcialidad de origen, vale la pena individualizar la parcialidad cognitiva que puede sufrir un perito, dados ciertos sesgos cognitivos o a causa de información deficiente, y la parcialidad disposicional dada, precisamente, la disposición del perito para favorecer a alguien. Los mecanismos para paliar o evitar cada una de éstas son diversos.

También hay que enfatizar que no todo desacuerdo entre los peritos es originado por algún tipo de parcialidad y, a la inversa, no necesariamente hay un desacuerdo cuando de hecho los peritos son parciales.

- 1.4. Sería bueno tener mayor información sobre el historial de expertos en sede jurisdiccional.

No conozco ningún esfuerzo por recopilar información sobre el comportamiento de los expertos que han actuado como peritos en procesos judiciales en cierta comunidad jurídica. Sería interesante recabar esta información a efectos de que los jueces tengan más datos relevantes para confiar en un perito cuando le corresponda nombrarlo o, cuando se trate de un perito de parte, tener mayor información sobre lo que ha sostenido en otros procesos, las técnicas o métodos empleados, etc.

- 1.5. Es necesario disponer de información empírica sobre cómo están funcionando nuestros tribunales, entre otras cosas: qué tipo de pericias se llevan a cabo, en qué procesos son determinantes, cuáles son sus deficiencias, etc.

Para ello es necesario que los juzgadores motiven adecuadamente sus decisiones judiciales en materia de hechos, pues a partir de ahí se podría obtener información relevante. Pero es necesario también que los estudiosos del derecho presten atención a este tipo de problemas, dedicando esfuerzos a la realización de estudios empíricos acerca del funcionamiento de nuestros tribunales y de los peritajes, hoy prácticamente inexistentes en la cultura jurídica romano-germánica. Tener este tipo de información, por ejemplo, podría contribuir para que los tribunales invirtieran mejor sus recursos.

2. Dirigidas al legislador, de *lege ferenda*

Tal como he dicho a lo largo del trabajo, mi análisis no se centra en un sistema jurídico particular, por lo que los siguientes puntos no están dirigidos a una legislación concreta. Con el uso de la locución "*lege ferenda*" pretendo apelar únicamente a que deberían estar previstos normativamente, con independencia de que haya sistemas en esta o aquella jurisdicción que ya lo prevean y del tipo de normas en que se prevea (desde las leyes procesales hasta los reglamentos internos de un tribunal).

Dicho esto, cabe especificar también que un modelo normativo completo y perfecto debería incluir la previsión de mecanismos para que los jueces gestionen adecuadamente los distintos tipos de pruebas periciales.

2.1. Sobre la admisión de las pruebas periciales

- a. Deberían derogarse los sistemas de selección de peritos como la insaculación, el sorteo o la lista corrida. En cambio, conviene promover la conformación de listados de peritos disponibles a participar en los procesos judiciales, imponiendo la obligación a quien conforme el listado de controlar la calidad y promover la incorporación de los mejores expertos posibles. A partir de aquí, quién es el perito más adecuado para satisfacer las necesidades epistémicas del caso depende de una valoración que corresponde realizar necesariamente al juzgador.
- b. Se deben prever mecanismos institucionales para incentivar al perito a que actúe de una forma determinada, con independencia de sus intereses personales, que vayan más allá de meras reglas que establecen sanciones, normalmente muy poco eficaces. Esos mecanismos institucionales pueden establecer incentivos positivos, que premien la conducta confiable, y negativos, que disuadan eficazmente la realización de conductas no confiables.
- c. Se debe facilitar la incorporación al acerbo probatorio de pruebas periciales relevantes, dejando la valoración de su calidad a la libre valoración del juez.

2.2. Sobre la práctica de las pruebas periciales

- a. Sería muy adecuado, y sobretodo instructivo para los jueces u oficiales judiciales en general, que se prevea la posibilidad de su presencia en la realización de algunas operaciones periciales.
- b. Se debe disponer una audiencia adecuada para el ejercicio del principio de contradicción, sin limitar las preguntas a cuestionarios cerrados o,

peor aún, a preguntas concretas, ni impedir la participación en el interrogatorio de los peritos de las partes ni del juez.

- c. En congruencia con lo anterior, debe establecerse la práctica conjunta al menos de las pruebas periciales y, adicionalmente, mecanismos para gestionar los posibles desacuerdos entre peritos (como el careo pericial).

2.3. Sobre la valoración de las pruebas periciales y la toma de decisión

Asumiendo que legislativamente la prueba pericial se deja a la libre valoración del juez, sólo me queda enfatizar que, como para cualquier otro elemento de prueba, resulta imprescindible el establecimiento legislativo de estándares de prueba cuya aplicación sea intersubjetivamente controlable. De nada serviría una admisión, práctica y valoración de las pruebas perfecta si al final se deja la decisión a la subjetividad judicial.

3. Dirigidas a los jueces y tribunales

No está por demás decir que la propuesta supone una actitud comprometida de los jueces que muy posiblemente les conlleve una mayor carga de trabajo. Sin duda, tendría sentido discutir cuestiones sobre la capacitación de los jueces, sobre su carga de trabajo y la disponibilidad de recursos humanos y materiales, etc.; sin embargo, todas ellas son cuestiones que rebasan los límites de este trabajo.

Ahora bien, pensar en abstracto el cúmulo de conocimiento experto atribuido a los peritos, como si hubiese una especie de súper-experto, es mucho menos gestionable que en el caso a caso, en donde en realidad ni siquiera está en juego toda la *expertise* de un individuo sino sólo cuestiones mucho más concretas.

Por ello, creo importante pensar en la gestión del conocimiento experto por parte de los jueces en el caso a caso.

3.1. En la admisión de una prueba pericial

- a. Las credenciales de un experto, cuando se trata de pruebas periciales de parte, son un requisito formal necesario para la admisión, sin olvidar que la expertise va mucho más allá de tales credenciales. Cuando se trata de una prueba pericial de confianza del juez, las credenciales son informativas, pero hay que considerar sobre todo la información sobre su historial como perito y el juicio de la comunidad experta a la que éste pertenece.
- b. Los conocimientos expertos relevantes para el caso que pudiera llegar a tener el juez servirán para una mejor práctica de las pruebas periciales, pero no pueden determinar su admisibilidad: en otros términos, la necesidad epistémica subjetiva del juez no puede ser un criterio de admisión de la prueba pericial. Por el contrario, la invasión o suplantación de las facultades atribuidas al juzgador por parte de una prueba pericial es un motivo suficiente para excluirla.

3.2. En la práctica de una prueba pericial

- a. Evitar los soliloquios en sede judicial y llamar al perito a juicio oral para que explique (no únicamente repita) las afirmaciones que ha hecho en su informe pericial.
- b. Es indispensable aprender a gestionar la contraposición o los desacuerdos entre los diversos peritos. Para ello, sugiero el siguiente orden de preguntas que podrían guiar dicha gestión:
 - i. Parece haber un desacuerdo entre los peritos, ¿lo hay realmente?
 - ii. ¿Cuál es concretamente el desacuerdo? Debe incentivarse a los peritos para que ellos mismos identifiquen los puntos de acuerdo y de desacuerdo en sus informes.
 - iii. ¿Se trata de un desacuerdo entre pares epistémicos?
 - a) En caso afirmativo, conviene que el juez use como guía, a efectos de comparar las pruebas periciales disponibles, el informe pericial del perito mejor situado

epistemológicamente (por ejemplo, para saber qué información requerir, qué datos faltan, etc.).

- b) En caso negativo, la mejor opción es un careo pericial.
- iv. Si ni siquiera el careo entre los peritos respecto a un desacuerdo explicitado por ellos mismos es suficiente para que el juez obtenga razones para creer en uno u otro perito, entonces deberá hacer uso de otras reglas de decisión como la carga de la prueba y resolver en caso en función de éstas.

3.3. En la valoración de una prueba pericial

- a. Exigir información empírica sobre la fiabilidad de los dispositivos empleados por los peritos.
- b. Buscar posibles fuentes de error en las afirmaciones periciales, no sólo lo que parecen aciertos.
- c. No usar criterios simplemente numéricos como la pluralidad coincidente o el tercero en discordia.

Los jueces profesionales son *repeat players* en el campo jurídico procesal y, como tales, van (o deberían ir) adquiriendo un *background* lo suficientemente rico para someter la prueba pericial a desafíos que, en el marco del contradictorio, le permitan adquirir una mejor comprensión acerca de los hechos de los casos concretos que deciden y en la etapa de valoración criterios adecuados para conocer la fiabilidad de éstas.

4. Para continuar trabajando...

Quisiera concluir este trabajo haciendo una brevísima referencia a algunas cuestiones que, pese a su importancia, no pudieron ser abordadas aquí, pero que merecen ser estudiadas con detenimiento:

1. Los elementos de la confianza cuando ésta se deposita en colectivos o instituciones que pueden llevar a cabo

operaciones periciales. No puede darse por supuesto que las razones para confiar operen del mismo modo en el caso de sujetos individuales y en el de colectivos.

2. Los criterios de valoración de la calidad de cada tipo específico de prueba pericial, sugeridos y/o utilizados por las áreas de conocimiento correspondientes.
3. Las consecuencias sobre los controles probatorios en segunda instancia del análisis realizado de las pruebas periciales de parte y de confianza del juez.

Por supuesto, estas líneas de trabajo no agotan el campo de lo que queda por realizar, pero creo que pueden dar algunas pautas para seguir profundizando en el tema al que se ha dedicado esta tesis.

Bibliografía citada

- Abel Lluch, X., 2005: La iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil, Barcelona: Bosch.
- 2009: “La prueba pericial”, en Abel Lluch, X. y Picó i Junoy (dir.): La prueba pericial, Barcelona: Bosch ed.
- 2012: Derecho Probatorio, Barcelona: JB Bosch Editor.
- 2012b: “La dosis de prueba: entre el *common law* y el *civil law*”, en Doxa, 35.
- 2013: “Jurisprudencia sobre derecho probatorio”, en La Ley, año XXXIV no.8119.
- Accatino, D., 2014: “Atomismo y holismo en la justificación probatoria”, en Isonomía, 40.
- Achinstein, P., 1983: The Nature of Explanation, New York: Oxford University Press. Citado por la traducción al castellano de García Urriza, L., 1989: La naturaleza de la explicación, México: Fondo de Cultura Económica.
- Adler, J., 1997: “Lying, Deceiving, or Falsely Implicating”, en The Journal of Philosophy, XCIV.
- 2012: “Epistemological Problems of Testimony”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/testimony-episprob/>
- Aitken, C.G.G. y Taroni, F., 2004: Statistics and the Evaluation of Evidence for Forensic Scientists, England: John Wiley & Sons Ltd.
- Aleman, M., 2005: “El concepto y la justificación del paternalismo”, en Biblioteca virtual Miguel Ángel de Cervantes.
- 2006: El paternalismo jurídico, Madrid: Iustel.
- Allen, R.J., 1994: “Expertise and the Daubert Decision”, en Journal of Criminal Law and Criminology, no. 84.
- 2004: “Expertise and the Supreme Court: What is the Problem?”, en Seton Hall Law Review, vol. 34, no. 1.
- 2009: “Laudan, Stein, and the Limits of Theorizing about Juridical Proof”, en Law and Philosophy, vol. 29, no. 2.

- Allen, R.J. y Alexakis, G.N., 2008: "Utility and Truth in the Scholarship of Mirjan Damaška", en *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška (Studies in International and Comparative Criminal Law)*: Hart Publishing.
- Allen, R.J. y Leiter, B., 2001: "Naturalized Epistemology and The Law of Evidence", en *Northwestern University School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No.01-8*.
- Allen, R.J., y Miller, J.S., 1993: "The Common Law Theory of Experts: Deference or Education?", en *Northwestern University Law Review*, 87.
- Allen, R.J. y Nafisi, E., 2010: "*Daubert* and its Discontents", en *Brooklyn Law Review*, 76.
- Allen, R.J. y Pardo, M.S., 2003: "The Myth of the Law-Fact Distinction", en *Northwestern University Law Review*, vol. 97, no. 4
- 2007a: "Reference Classes Reconsidered", en *International Journal of Evidence and Proof*, 11.
- 2007b: "The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence", en *Journal of Legal Studies*, 36.
- Alston, W.P., 1994: "Belief-forming Practices and the Social", en Schmitt, F.F. (ed.): *Socializing Epistemology. The social Dimensions of Knowledge*, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers.
- Amaya, A. y Ho, H. (ed.), 2013: *Law, Virtue and Justice*, Oxford: Hart Publishing.
- Anderson, T.; Schum, D.; y, Twining, W., 2005: *Analysis of Evidence*, 2ª ed., USA: Cambridge University Press.
- Andrés Ibáñez, P., 2003: "Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)", en *Jueces para la democracia*, no. 46.
- Angell, M., 1996: *Science on Trial. The Clash of the Medical Evidence and the Law in the Breast Implant Case*, New York: W.W. Norton and Co.
- Anscombe, G.E.M., 1979: "What Is It to believe Someone?", en Delaney, C.(ed.): *Rationality and Religious Belief*, London: University of Notre Dame Press

- Aragó H., I.M., 2006: “La intervención del perito en el acto de la vista”, en Abel Lluch, X. y Ríos López, Y.: Aspectos prácticos de la prueba civil, Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Atienza, M.: 1988: “Discutamos sobre paternalismo”, en Doxa, no. 5.
- Audi, R., 1997: “The Place of Testimony in the Fabric of Knowledge and Justification”, en American Philosophical Quarterly, no. 34.
- 1998: Epistemology. A Contemporary Introduction to the Theory of Knowledge, London: Routledge.
- 2002: “The Sources of Knowledge”, en Moser, P.K. (ed.): The Oxford Handbook of Epistemology, Oxford: Oxford University Press.
- 2006: “Testimony, Credulity, and Veracity”, en Lackey, J. y Sosa, E. (eds.): The Epistemology of Testimony, Oxford: Oxford University Press.
- Austin, J., 1962: How to Do Things with Words, Oxford University Press. Citado por la traducción al castellano de Carrió, G. y Rabossi, E.A. 1981: Cómo hacer cosas con palabras, Barcelona: Paidós Studio.
- 1970: Philosophical Papers, 2ª ed., Oxford: The Clarendon Press. Citado por la traducción al castellano de García Suárez, A., 1988: Ensayos filosóficos, Madrid: Alianza Editorial.
- Ayer, A.J., 1936: Language, Truth and Logic, London: Victor Gollancz Ltd. Citado por la traducción al castellano de Suárez, M., 1971: Lenguaje, verdad y lógica, Barcelona: Ediciones Martínez Roca.
- 1959: “Introduction”, en Ayer, A.J. (comp.): Logical Positivism, Chicago: The Free Press of Glencoe. Citado por la traducción al castellano de Aldama, L.; Frisch, U.; Molina, C.N.; Torner, F.M.; y Ruiz H., R. 1965: El positivismo lógico, México: Fondo de Cultura Económica.
- Baier, A., 1986: “Trust and Antitrust”, en Ethics, vol. 96, no. 2.
- 1994: Moral Prejudices: Essays on Ethics, Cambridge: Harvard
- Baker, G.P. y Hacker, P.M.S., 1983: Wittgenstein: Understanding and Meaning, vol. 1, An Analytical Commentary on the Philosophical Investigations Part II: Exegesis §§1–184, USA: Blackwell Publishing.
- Baker, J., 1987: “Trust and Rationality”, en Pacific Philosophical Quarterly, no. 68.

- Barak, A., 1987: *Judicial Discretion*, United States of America: Yale University Press.
- Barbalet, J.M., 1996: "Social Emotions: Confidence, Trust and Loyalty", en *International Journal of Sociology and Social Policy*, no. 16.
- Bauer, H.H., 1992: *Scientific Literacy and the Myth of the Scientific Method*, Chicago: University of Illinois Press.
- Bayón, J. C., 1991: *La normatividad del derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 2004: "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centros de Estudios Constitucionales.
- 2008: "Epistemología, moral y prueba de los hechos: Hacia un enfoque no benthamiano", en *Analisi e diritto*.
- Beecher, M.E., 2003: "The Epistemology of Prediction: Future Dangerousness Testimony and Intellectual Due Process", en *Washington and Lee Law Review*, no. 60.
- 2008: *Evaluating Scientific Evidence: An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process*, New York: Cambridge University Press.
- Beccaria, C., 1764: *Dei delitti e delle pene*. Citado por la traducción al castellano de De las Casas, J.A., (1998): *De los delitos y de las penas*, Madrid: Alianza.
- Becker, L.C., 1996: "Trust as Noncognitive Security about Motives", en *Ethics*, vol. 107, no. 1.
- Bentham, J., 1816: *Traité des sophismes politiques* (Etienne Dumont). Citado por la traducción al castellano de Ballarin, J., 1990: *Falacias Políticas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 1823: *Traité des preuves judiciaires*, editado a partir de manuscritos de Dumont, E., Paris: Hector Bossangue, 1830. Citado por la traducción española de Ossorio, M.,: *Tratado de las pruebas judiciales*, Granada: Comares, 2001.
- Berger, M.A., 1994: "Procedural Paradigms for Applying the Daubert Test", en *Minnesota Law Review*, vol. 78.

- 2000: "The Supreme Court's Trilogy on the Admissibility of Expert Testimony", en Reference Manual of Scientific Evidence, 2ª ed.: Federal Judicial Center, en:
[http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/sciman00.pdf/\\$file/sciman00.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/sciman00.pdf/$file/sciman00.pdf)
- 2003: "Expert Testimony in Criminal Proceedings. Questions Daubert Does Not Answer", en Seton Hall Law Review, no. 33.
- Bernstein, D.A. y Jackson, J.D., 2004: "The Daubert Trilogy in the States", en Jurimetrics Journal, no. 44.
- Black, B.; Ayala, F. J.; y Saffran-Brinks, C., 1994: "Science and the Law in the Wake of Daubert: A New Search for Scientific Knowledge", en Texas Law Review, no. 72.
- Bloor, D., 1976: Knowledge and Social Imagery, London: Routledge.
- Bridgman, P.W., 1955: Reflections of a Physicist, New York: Philosophical Library.
- Bogen, J., 2007: "Theory and Observation in Science", en The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponible en:
<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/science-theory-observation/>.
- Bonner, E., 1928: Tratado de las pruebas en el derecho civil y derecho penal, vol. 1.
- Botter, T. I., 1982: "The Court-Appointed Impartial Expert", en Kraft, M.D. (ed.): Using Experts in Civil Cases, 2ª ed., United States of America: Practicing Law Institute.
- Brandom, R., 2001: Articulating Reasons. An Introduction to Inferentialism. Citado por la traducción al castellano de Bustos, E. y Pérez S., E., 2002: La articulación de razones. Una introducción al inferencialismo, Madrid: Siglo Veintiuno.
- Brewer, S., 2006: "Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process", en Selinger, E. y Crease, R.P. (ed): The Philosophy of Expertise, New York: Columbia University Press.
- Briseño Sierra, H., 1970: Derecho Procesal, vol. IV, México: Cárdenas Editor y Distribuidor.

- Buglioli, M. y Ortún, V., 2001: *Decisión clínica. Cómo entenderla y mejorarla*, Barcelona: Springer.
- Bulygin, E., 1961: *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- 1995: "Cognition and Interpretation of Law", en Gianformaggio, L. y Paulson, S. (eds.): *Cognition and Interpretation of Law*, Torino: Giapichelli.
- Bunge, M., 1989: *La ciencia, su método y su filosofía*, México: Siglo Veinte.
- Burge, T., 1993: "Content Preservation", en *Philosophical Review*, no. 102.
- 1998: "Computer Proof, A Priori Knowledge, and Other Minds: The Sixth Philosophical Perspectives", en *Noûs*, vol. 32.
- Calamandrei, P., 1945: *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Calhoun, C., 1984: "Cognitive Emotions?", en Calhoun, C. y Solomon, R. C. (eds.): *What is an Emotion?*, New York: Oxford University Press.
- Cappelletti, M., 1968: *Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato en giurisprudenza italiana*, 1ª, IV. Citado por la traducción al castellano de Sentis M., S., 1973: *El proceso civil en el derecho comparado. Grandes tendencias evolutivas*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Carmines, E.G. y Zeller, R.A., 1979: "Reliability and Validity Assessment", en Sullivan, J.L.: *Quantitative Applications in the Social Sciences*, London: Sage Publications.
- Carnap, R., 1936: "Testability and Meaning", en *Philosophy of Science*, vol. 3, no. 4.
- Carnelutti, F., 1915: *La prova civile*. Citado por la traducción al castellano de Alcalá Zamora, N. y Sentís Melendo, S., 1944: *Argentina*: Uteha Argentina.
- Carrió, A.D., 2007: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5ª ed., Buenos Aires: Hammurabi.
- Castillo A., J.L., 2013: *La motivación de la valoración de la prueba penal*, Perú: Editora Jurídica Grijley.

- Champod, Ch. y Vuille, J., 2010: "Scientific Evidence in Europe: Admissibility, Appraisal and Equality of Arms, Comparative Study on Scientific Evidence Drawn Up to the Bureau of the Council of Europe's: European Committee on Crime Problems", en *International Commentary on Evidence*, vol. 9, no 1.
- Chan, E.J., 1995: "The 'Brave New World' of Daubert. True Peer Review, Editorial Peer Review and Scientific Validity", en *New York University Law Review*, no. 70.
- Coady, C.A.J., 1992: *Testimony. A Philosophical Study*, Oxford: Clarendon Press Oxford.
- Cohen, J., 1983: "Freedom of proof", en Twining, W. (ed.): *Facts in Law*, Wiesbaden: Franz Steiner Verlag GMBH.
- 1986: "Twelve Questions about Keynes's Concept of Weight", en *The British Journal for the Philosophy of Science*, vol. 37, no. 2.
- Coleman, J.L., 1992: *Risks and Wrongs*, Oxford: Oxford University Press. Citado por la traducción al castellano de Papayannis, D.: *Riesgos y daños*, Barcelona: Marcial Pons.
- Coleman, J.S., 1990: *Foundations of Social Theory*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Collins, H.M., 1985: *Changing Order. Replication and Induction in Scientific Practice*, Chicago: University of Chicago Press.
- Collins, H. y Evans, R., 2007: *Rethinking Expertise*, Chicago: University of Chicago Press.
- Collins, H. y Weinert, M., 2011: "Transmuted Expertise. How Technical Non-Experts Assess Experts and Expertise", en *Argumentation*, no. 25.
- Comoglio, L.P., 1980: *Il principio di economia processuale*, Padova: CEDAM.
- Conti, C. (ed.), 2011: *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano: Giuffrè Editore.
- Copi, I.M., y Cohen, C., 1990: *Introduction to Logic*, 8ª ed.: Macmillan Publishing. Citado por la traducción al castellano de González Ruíz, E.A., 1995: *Introducción a la lógica*, México: Limusa Noriega Ed.

- Corda, A., 2013: “Neurociencias y derecho penal desde el prisma de la dimensión procesal”. Citado por la traducción al castellano de Nieva Fenoll, J., en Taruffo, M. y Nieva Fenoll, J.: Neurociencia y proceso judicial, Barcelona: Marcial Pons.
- Couture, E.J., 1941: Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial, Montevideo: Impresora Uruguaya S.A.
- Cranor, C.F., 2005: “Daubert and the Acceptability of Legal Decisions”, en The Journal of Philosophy, Science and Law, vol. 5.
- Cronbach, L.J., 1971: “Test Validation”, en Thorndike, R.L.: Educational Measurement, Washington, DC: American Council Education.
- Damaška, M.J., 1990: “Atomistic and Holistic Evaluation of Evidence. A Comparative View”, en Clark, D (ed.): Comparative and Private International Law. Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday, Berlin: Duncker & Humblot.
- 1991: The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process, New Haven: Yale University Press.
- 1997: Evidence Law Adrift, New Haven: Yale University Press.
- 1998: “Truth and Adjudication”, en Hastings Law Journal, no. 49.
- 2003: “Epistemology and the Legal Regulation of Proof”, en Law, Probability and Risk, no. 2.
- De Maglie, C., 2010: I reati culturalmente motivate, Firenze: Edizioni ETS. Citado por la traducción al castellano de Macías C., V.M., 2012: Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales, Barcelona: Marcial Pons.
- Denti, V., 1972: “Cientificidad de la prueba en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador”. Citado por la traducción al castellano de Oñate L., S., en revista de derecho procesal iberoamericana, no. 2 – 3.
- Devis Echandía, H., 1972: “Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador”, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, no. 1.

- 1981: Compendio de la prueba judicial. Citado por la versión anotada y comentado de Velloso, A.A., 2000, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Díez J.A. y Moulines C.U., 2008: Fundamentos de filosofía de la ciencia, 3ª ed. actualizada, Barcelona: Ariel.
- Dominioni, O., 2005: La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione, Milano: Giuffrè Editore.
- 2008: “L’ammissione della nuova prova penale scientifica”, en Diritto penale e processuale, fasc. 6.
- Dones, C., 1961: Struttura e funzione della consulenza civile, Milano: Giuffrè Editore.
- Dreyfus, H. y Stuart, D., 1986: “Why Expert Systems Do Not Exhibit Expertise?”, en IEEE Expert, no. 2.
- Duce, M, 2010: “Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: Un modelo para armar en la jurisprudencia nacional”, en Accatino D. (coord.): Formación y valoración de la prueba en el proceso penal, Chile: Abeledo Perrot Legal Publishing.
- Dworkin, G., 1972: “Paternalism”, en The Monist, no. 56.
- 2002: "Paternalism", en The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2010 Edition). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/paternalism/>
- Dwyer, D.M., 2003: “Changing Approaches to Expert Evidence in England and Italy”, en International Commentary on Evidence, vol. 1, no. 2.
- 2005: “What Does It Mean To Be Free? The Concept of 'Free Proof' in the Western Legal Tradition”, en International Commentary on Evidence: vol. 3, no, 1.
- 2007: “Expert evidence in the English Civil Courts, 1550-1800”, en The Journal of Legal History, no. 28.
- 2007b: “(Why) Are Civil and Criminal Expert Evidence Different?”, en Tulsa Law Review, no. 43.
- 2008: Judicial Assessment of Expert Evidence, Cambridge: Cambridge University Press.

- Edmond, G., 2012: "Is Reliability Sufficient? The Law Commission and Expert Evidence in International and Interdisciplinary Perspective (Part 1)", en *The International Journal of Evidence & Proof*, no. 16.
- Edmond, G. y Mercer, D., 1998: "Trashing 'Junk Science'", en *Stanford Technology Law Review*, 3.
- 2002: "Conjectures and Exhumations: Citations of History, Philosophy and Sociology of Science in US Federal Courts", en *Cardozo Studies in Law and Literature*, no. 14.
- Elster, J., 1989: *The Cement of Society*, University of Cambridge. Citado por la traducción al castellano de Bixio, A.L., 2006: *El cemento de la sociedad*, 4º ed., Sevilla: Gedisa.
- 2000: *Ulises Unbound. Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints: The Press Syndicate of the University of Cambridge*. Citado por la Traducción al castellano de Mundó, J., 2002: *Ulises Desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Barcelona: Gedisa Editorial.
- Esteve Pardo, J., 2009: *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Barcelona: Marcial Pons.
- Faigman, D.L., 1999: *Legal Alchemy: The Use and Misuse of Science in the Law*, New York: W.H. Freeman and Company.
- Faire Guillen, V., 1990: *Doctrina general del derecho procesal: Hacia una teoría y ley procesal generales*, Barcelona: Librería Bosch.
- Faulkner, P., 2000: "The Social Character of Testimonial Knowledge", en *The Journal of Philosophy*, no. 97.
- 2007: "On Telling and Trusting", en *Mind*, 116.
- 2011: *Knowledge on Trust*, New York: Oxford University Press.
- Fearnside W., W. y Holther, W.B., 1959: *Fallacy. The Counterfeit of Argument*, New Jersey: Prentice Hall.
- Feinberg, J., 1986: *Harm to Self*, Oxford: Oxford University Press.
- Fernández, M., 2007: "La valoración de pruebas personales y el estándar de duda razonable", en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, no. 15.

- Fernández Urzainqui, F.J., 2000: “Comentario al artículo 282 LEC”, en Ballesteros, F. Rifá Soler y Valls Gombau (coords.): Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil, t. 1, Barcelona: Atelier.
- Ferrer Beltrán, J., 2005: Prueba y verdad en el derecho, 2ª ed., Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- 2007: La valoración racional de la prueba, Barcelona: Marcial Pons.
- 2011: “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales”, en Cruz T., O. (coord.): Nuevas tendencias del derecho probatorio, Bogotá: Universidad de los Andes.
- 2014: “La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil”, en Papayannis, D.: Causalidad y atribución de responsabilidad, Barcelona: Marcial Pons.
- Ferrua, P., 1997: Studi sul processo penale, II, Torino: Giappichelli.
- Flores P., I., 2005: La prueba pericial de parte en el proceso civil, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Foley, R., 1994: “Egoism in Epistemology”, en Schmitt, F.: Socializing Epistemology, Boston: Rowman and Littlefield.
- Font Serra, E., 1974: La prueba de peritos en el proceso civil español, Barcelona: Editorial Hispano Europea.
- 2000: “El dictamen de peritos en la nueva ley de enjuiciamiento civil”, en Montero Aroca, J. (dir.): La prueba, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Fricker, M., 1987: “The Epistemology of Testimony”, en Proceedings of the Aristotelian Society, vol. 61.
- 1994: “Against Gullibility”, en Bimal Krishna Matilal y Arindam Chakrabarti (eds.): “Knowing from Words”, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- 1995: “Telling and Trusting, Reductionism and Anti-Reductionism in the Epistemology of Testimony”, en Mind, vol. 104.
- 2003: “Understanding and Knowledge of What is Said”, en Barber, A.: Epistemology of Language, Great Britain: Oxford University Press.
- 2006: “Second-Hand Knowledge”, en Philosophy and Phenomenological Research, vol. LXXIII, no. 3.

- 2012: "Group Testimony? The Making of A Collective Good Informant", en *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. LXXXIV, no. 2.
- Friedman, L.M., 2004: "The Day Before Trials Vanished", en *Journal of Empirical Legal Studies*, 1.
- Gamba, C., 2010: "L'integrazione dell'art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio e la "scommessa aperta" dell'ordinamento processuale", en Taruffo, M. (ed): *Le riforme del processo civile*, Bologna: Zanichelli.
- 2013: "Contraddittorio, principio del (Diritto processuale civile)", en *Enciclopedia del Diritto, Annali*.
- Gambetta, D., 1988: *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, Oxford: Blackwell.
- 2008: "Can We Trust Trust?", en Gambetta, D.: *Trust. Making and Breaking Cooperative Relations*, Massachusetts: Basil Blackwell.
- Garbolino, P., 1997: *I fatti e le opinioni. La moderna arte della congettura*, Roma: Editori Laterza.
- García Carpintero, M. 1996: *Las palabras, las ideas y las cosas*, España: Ariel.
- Garner, B.A. (ed.), 2009: *Black's Law Dictionary*, 9ª ed., United States of America: West Publishing Co.
- Garzón Valdés, E., 1993: "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", en *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Gascón A., M., 2004: *Los hechos en el derecho*, 2ª ed., Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- 2007: "Validez y valor de las pruebas científicas. La prueba del ADN", en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, no. 15.
- Gascón A., M.; Lucena Molina, J.J.; González Rodríguez, J. 2010: "Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica. Una argumentación multidisciplinaria", en *La Ley*, no. 5619.
- Gascón Inchausti, F., 1999: *El control de fiabilidad probatoria: "Prueba sobre la prueba" en el proceso penal*, Valencia: Ediciones Revista General de Derecho.

- Gelfert, A., 2011: "Expertise, Argumentation, and the End of Inquiry", en Argumentation, no. 25.
- Giannelli, P.C., 1980: "The Admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States, A Half – Century Later", en Columbia Law Review, no. 80.
- 1994: "Daubert: Interpreting the Federal Rules of Evidence", en Cardozo Law Review.
- Giannelli, P.C. y Imwinkelried, E.J., 1999: Scientific Evidence, 3ª ed., II vols., Charlottesville, VA: Lexis Law Publishing.
- Gibbard, A., 1990: Wise Choice, Apt Feelings, Cambridge: Harvard University Press.
- Giere, R.; Bickle, J.; y Mauldin R., 2006: Understanding Scientific Reasoning, 5ª ed., Canada: Thomson Wadsworth.
- Gigerenzer, G., 2006: "Heuristics", en Gigerenzer, G. y Engel, C. (ed.): Heuristics and the Law, United States of America: The MIT Press.
- Godfrey-Smith, P., 2003: Theory and Reality: An Introduction to the Philosophy of Science, Chicago: The University of Chicago Press.
- Gold, A.D, 2000: Expert Evidence in Criminal Law: The Scientific Approach, Canada: Irving Law Inc.
- Goldberg, S., 2007: Anti-Individualism. Mind and Language, Knowledge and Justification, Cambridge: Cambridge University Press.
- Goldman, A.I., 1991: "Epistemic Paternalism: Communication Control in Law and Society", en Journal of Philosophy, no. 88.
- 1999: Knowledge in a Social World, Oxford: Clarendon Press.
- 2001: "Experts: Which Ones Should You Trust?", en Philosophy and Phenomenological Research, vol. 63, no. 1.
- 2006: "Social Epistemology", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2010 Edition). Disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/epistemology-social/>
- Goldman, A.I. y Whitcomb, D., 2011: Social Epistemology. Essential Readings, New York: Oxford University Press.
- Goldschmidt, J., 1961: Principios generales del proceso I. Teoría general del proceso, 2ª ed., Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

- Golombek, D., 2005: Demoliendo papers. La trastienda de las publicaciones científicas, Argentina: Siglo Veintiuno editores.
- Gómez Colomer, J.L., 1989: Derecho jurisdiccional, Barcelona: Tirant lo Blanch.
- González Lagier, D., 2003: “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba en los hechos en el proceso penal)”, en *Jueces para la democracia*, no. 45.
- 2005: *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima: Palestra – Temis.
- 2009: *Emociones, responsabilidad y derecho*, Barcelona: Marcial Pons.
- Goodwin, J., 2011: “Accounting for the Appeal to the Authority of Experts”, en *Argumentation*, no. 25.
- Graham, M., 2011: *Federal Rules of Evidence in a Nutshell*, 8^a ed., St. Paul: West.
- Greco, J., 2012: “Recent Work on Testimonial Knowledge”, en *American Philosophical Quarterly*, 49.
- Green, Ch., 2008: “Epistemology of Testimony”, en *Internet Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en <http://www.iep.utm.edu/ep-testi/>
- Green, M. D., 1991: “Expert Witnesses and Sufficiency of Evidence in Toxic Substances Litigation. The Legacy of Agent Orange and Bendectin Litigation”, en *Northwestern University Law Review*, no. 86.
- Grimaltos, T. e Iranzo, V., 2009: “El debate externismo/internismo en la justificación epistémica”, en Quesada, D. (coord.): *Cuestiones de teoría del conocimiento*, Madrid: Tecnos.
- Haack, S., 1993: *Evidence and Inquiry: Towards Reconstruction in Epistemology*, Oxford: Blackwell Publishers.
- 2001: “An epistemologist in the Bramble – Bush: at the Supreme Court with Mr. Joiner”, en *J. Health Politics, Pol’y & L.*, no. 26.
- 2004: “Epistemology Legalized: Or Truth, Justice and the American Way”, en *The American Journal of Jurisprudence*, no. 49.
- 2005: “Trial and Error: The Supreme Court’s Philosophy of Science”, en *American Journal of Public Health*, supplement 1.

- 2007a: *Defending Science -Within reason. Between Scientism and Cynicism*, New York: Prometheus Books.
- 2007b: "Peer Review and Publications: Lessons for Lawyers", en *Stretson Law Review*, vol. 36, no. 3.
- 2008a: *Putting Philosophy to Work: Inquiry and its Place in Culture*, New York: Prometheus Books.
- 2008b: "What's Wrong with Litigation-Driven Science? An Essay in Legal Epistemology", en *Seton Hall Law Review*, vol. 38, no. 3.
- 2008c: "Proving Causation. The Holism of Warrant and the Atomism of Daubert", en *Journal of Health & Biomedical Law*, vol. IV, no. 2.
- 2009a: *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*. (expanded ed.), New York: Prometheus Books.
- 2009b: "Irreconcilable Differences? The Troubled Marriage of Science and Law", en *Law and Contemporary Problems*, vol. 72, no. 1.
- 2012a: "Six Signs of Scientism", en *Logos & Episteme*, III.
- 2013a: "Legal Probabilism: An Epistemological Dissent". Citado por la traducción al castellano de Viana, M.J. y Bernal, C.: "El probabilismo jurídico. Una disensión epistemológica", en Vázquez Rojas, C.: *Estándares de prueba y prueba científica*, Barcelona: Marcial Pons.
- 2013b: *Putting Philosophy to Work. Inquiry and its Place in Culture* (expanded ed.), New York: Prometheus Books.
- Hacking, I., 1975: *The Emergence of Probability*, Cambridge University Press. Citado por la traducción al castellano de Álvarez, J.A., 1995: *El surgimiento de la probabilidad*, Barcelona: Gedisa S.A.
- 1996: "The Disunities of the Sciences", en Galison, P. y Stump, D.J.: *The Disunity of Science: Boundaries, Contexts and Power*.
- 1999: *The Social Construction of What?*, Cambridge -Massachusetts-London: Harvard University Press. Citado por la traducción al castellano de Sánchez Navarro, J., 2001: *¿La construcción social de qué?*, Barcelona: Paidós.

- Hansson, S. O., 2008: "Science and Pseudo-Science", en The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2014 Edition). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/pseudo-science/>
- Hardin, R., 1996: "Trustworthiness", en Ethics, vol. 107, no. 1.
- 2002: Trust and Trustworthiness, New York: Russell Sage Foundation.
- 2004: "Distrust": Manifestations and Management", en Hardin, R. (ed.): Distrust, New York: Russell Sage Foundation.
- Hardwig, J., 1985: "Epistemic Dependence", en The Journal of Philosophy, vol.82.
- 1991: "The Role of Trust in Knowledge", en The Journal of Philosophy, vol. 88, no. 12.
- Hart, H.L.A., 1966: Law, Liberty and Morality, Stanford: Stanford University Press. Citado por la versión castellana de Ramiro A., M.A., 2006: Derecho, libertad y moralidad, Madrid: Dykinson, S.L.
- Hazard, G.C. y Taruffo, M., 1993: American Civil Procedure: An Introduction, New Haven: Yale University Press.
- Hazard, G.C.; Taruffo, M.; Sturmer, R.; y Gidi, A., 2001: Transnational Rules of Civil Procedure: Faculty Scholarship Series.
- Hempel, C.G., 1959: "Problemas y cambios en el criterio empirista de significado", en Ayer, A.J. (comp.): Logical Positivism, Chicago: The Free Press of Glencoe. Citado por la traducción al castellano de Aldama, L.; Frisch, U.; Molina, C.N.; Torner, F.M.; y Ruiz H., R., 1965: El positivismo lógico, México: Fondo de Cultura Económica.
- 1965: Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in The Philosophy of Science, New York: The Free Press. Citado por la traducción al castellano de Frassinetti de Gallo, M.; Mínguez, N.; y Ruíz A., I., 2005: La explicación científica. Estudios sobre la filosofía de la ciencia, Barcelona: Paidós.
- Herdy, R., 2014: "Epistemic Dependence, Anti-Individualism and Authority in Law". Citado por la traducción al castellano de Miranda, R. y Monroy, L.: "Dependencia epistémica, antiindividualismo y autoridad en el derecho", en Isonomía , no.40.

- Hernández García, J., 2005: "Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?", en *Jueces para la Democracia*, no. 54.
- Hinchman, E. S., 2005: "Telling as Inviting to Trust", en *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. LXX, no. 3.
- Ho H., L., 2008: *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth*, New York: Oxford University Press.
- Holton, R., 1994: "Deciding to Trust, Coming to Believe", en *Australasian Journal of Philosophy*, 72.
- Huber, P., 1993: *Galileo's Revenge. Junk Science in the Courtroom*, New York: Basic Books.
- 1992: "Junk Science in the Courtroom", en *Valparaiso Law Review*, no. 26.
- Hume, D., 1754: *An Enquiry Concerning Human Understanding*. Citado por la traducción al castellano de De Salas Ortueta, J., 1980: *Investigación sobre el conocimiento humano*, Madrid: Alianza Editorial.
- Igartua S., J., 2007: "Prueba científica y decisión judicial (unas anotaciones propedéuticas)", en *Revista La Ley*, año XXVIII, no. 6812.
- Imwinkelried, E.J., 1988: "The 'Bases' of Expert Testimony. The Syllogistic Structure of Scientific Testimony", en *North Carolina Law Review*, no. 67.
- 1994: "The Next Step After Daubert. Developing a Similarly Epistemological Approach to Ensuring the Reliability of Nonscientific Expert Testimony", en *Cardozo Law Review*, no. 15.
- Jack, J., 1994: "The Role of Comprehension", en Matilal, B.K. y Chakrabarti, A. (eds.), 1994: *Knowing from Words*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- Jones, K., 1996: "Trust as an Affective Attitude", en *Ethics*, 107.
- 1999: "Second-Hand Moral Knowledge", en *Journal of Philosophy*, 96.
- Kagan, R.A., 2001: *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Cambridge: Harvard University Press.
- Kahneman, D., 2011: *Thinking, Fast and Slow*, New York: Farrar, Straub and Giroux.

- Kaye, D.H., 2005: "On 'Falsification' and 'Falsifiability': The First Daubert Factor and the Philosophy of Science", en *Jurimetrics*, 45.
- Kelly, T., 2005: "Epistemic Significance of Disagreement", en Szabó G., T. y Hawthorne, J. (eds.): *Oxford Studies in Epistemology*, New York: Oxford University Press.
- Keynes, J.M., 1920: *A Treatise on Probability*, Cambridge. Citado por la edición 2007, Watchmaker Publishing.
- Kiely, T.F., 2002: "Science and Peer Review", en *Science and Litigation: Products Liability in Theory and Practice*, London: CRC Press.
- Kitcher, P., 1992: "Authority, Deference, and The Role of Individual Reason", en McMullin, E. (ed): *The Social Dimensions of Science*, Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- 1993: *The Advancement of Science. Science without Legend, Objectivity without Illusions*, New York: Oxford University Press.
- 1994: "Contrasting Conceptions of Social Epistemology" en Schmitt, F.F. (ed.): *Socializing Epistemology. The social Dimensions of Knowledge*, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers.
- Kojève, A., 2004: *La notion d'autorité*: Gallimard. Citado por la traducción al castellano de Cardoso, H., 2006: *La noción de autoridad*, Buenos Aires: Nueva Visión.
- Kornblith, H., 1994: "A Conservative Approach to Social Epistemology", en Schmitt, F.F. (ed.): *Socializing Epistemology. The social Dimensions of Knowledge*, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers.
- Kuhn, T.S., 1962: *The Structure of Scientific Revolutions*. Citado por la traducción al castellano de Solís, C., 1981: *La estructura de las revoluciones científicas*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Kurz-Milcke, E. y Gigerenzer, G., 2004: *Experts in Science and Society*, New York: Kluwer Academic Publishers.
- Lackey, J., 1999: "Testimonial knowledge and Transmission", en *The Philosophical Quarterly*, 49.
- 2003: "A Minimal Expression of Non-Reductionism in the Epistemology of Testimony", en *Noûs*, 37.

- 2006a: "It Takes Two to Tango. Beyond Reductionism and Non-Reductionism in the Epistemology of Testimony", en Lackey, J. y Sosa, E. (eds.): *The Epistemology of Testimony*, Oxford: Oxford University Press.
- 2006b: "Learning from Words", en *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. LXXIII, no. 1.
- 2006c: "The Nature of Testimony", en *Pacific Philosophical Quarterly*, 87.
- 2006d: "Knowing from Testimony", en *Philosophy Compass*, 1/5.
- 2008: *Learning from Words. Testimony as a Source of Knowledge*, Great Britain: Oxford University Press.
- 2010: "Acting on Knowledge", en *Philosophical Perspectives*, 24.
- Lagerspetz, O., 1998: *Trust. The Tacit Demand*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- Lahno, B., 2001: "On the Emotional Character of Trust", en *Ethical Theory and Moral Practice*, 4.
- Lakatos, I., 1973: *Science and Pseudoscience*. Broadcast on 30 June 1973 as Programme 11 of The Open University Arts Course A303, 'Problems of Philosophy'. Disponible en: <http://www2.lse.ac.uk/philosophy/about/lakatos/scienceAndPseudoscience.aspx>
- Laudan, L., 1977: *Progress and its Problems*, University of California Press. Citado por la traducción al castellano de López Tapia, J., (1986): *El progreso y sus problemas. Hacia una teoría del progreso científico*, Madrid: Ed. Encuentro.
- 1980: "Why Was the Logic of Discovery Abandoned?", en *Scientific Discovery, Logic, and Rationality*, 56, Springer.
- 1981: *Science and Hypothesis: Historical Essays on Scientific Methodology*, London: D. Reidel Publishing Company.
- 1982: "Science at the Bar: Causes of Concern", en *Science, Technology & Human Values*, vol. 7, no. 4.
- 1983: "The Demise of the Demarcation Problem", en Cohen y Laudan, L. (ed.): *Physics, Philosophy and Psychoanalysis*, Boston – Lancaster: Kluwer Academic Publishers.

- 1984: "The Pseudo-science of Science", en Brown, J.R. (ed.): Scientific Rationality: The Sociological Turn, Dordrecht - Boston: D. Reidel Publishing Company.
- 2005: "Why a Subjective and Ambiguous Standard of Proof is no Standard at All?". Citado por la traducción al castellano de Calvo S., R.: Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar, Doxa, no. 28.
- 2006: Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology, New York: Cambridge University Press. Citado por la traducción al castellano de Vázquez, C. y Aguilera, E., 2013: Verdad, error y proceso penal, Barcelona: Marcial Pons.
- 2007: "Strange Bedfellows. Inference to the Best Explanation and the Criminal Standard of Proof", en The International Journal of Evidence and Proof, vol. 11, no. 4. Citado por la traducción al castellano de Aguilera, E.: "Aliados extraños. La inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal", en Laudan, L.: El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal, Buenos Aires: Hammurabi.
- 2011: "Thinking about Error in the Law", en Goldman, A. y Whitcomb, D. (eds.): Social Epistemology. Essential Readings, New York: Oxford University Press
- Ledesma I., P., 2006: "La prueba pericial en la LEC. Problemática detectada en la práctica judicial", en Ledesma, P. y Zubiri de Salinas, F.: La prueba pericial en el proceso civil, Madrid: Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial.
- Lehrer, K., 1997: Self-Trust. A Study of Reason, Knowledge, and Autonomy, Oxford: University Press.
- Leiter, B., 1997: "The Epistemology of Admissibility. Why Even Good Philosophy of Science Would Not Make for Good Philosophy of Evidence", en Brigham Young University Law Review, no. 803.
- Lipton, P., 1998: "The Epistemology of Testimony", en Studies in the History and Philosophy of Science, 29.

- Locke, J., 1690: *An Essay Concerning Human Understanding*. Citado por la traducción al castellano de O’Gorman, E., 1999: *Ensayo sobre el entendimiento humano*, 2ª ed., México: Fondo de Cultura Económica.
- Loewenstein, G. y Elster, J. (ed.), 1996: *Choice Over Time*, New York: Russell Sage Foundation.
- López Castillo, M. y Díaz Cabiale, J.A., 2003: “La conversión de la prueba pericial en documental, artículo 788.2.II LeCrim”, en *Jueces para la democracia*, 46.
- López-Muñiz G., M., 2008: *La prueba pericial. Guía práctica y jurisprudencia*, 3ª ed., Madrid: COLEX.
- Luhmann, N., 1973: *Vertrauen*, Stuttgart: Verlag. Citado por la traducción al castellano de Flores, A., 1996: *Confianza*, España: Anthropos.
- 1979: *Trust and Power*, New York: Wiley.
- 2008: “Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives”, en Gambetta, D.: *Trust. Making and Breaking Cooperative Relations*, Massachusetts: Basil Blackwell.
- Malem S., J., 1996: “La obediencia al derecho” en Garzón V., E. y Laporta, F.J.: *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid: Trotta.
- Malmgren, A.S., 2006: “Is There A Priori Knowledge by Testimony?”, *Philosophical Review*, 115.
- Maniaci, G., 2012: *Contro il paternalismo giuridico*, Torino: Giapichelli editore.
- Marinoni, L.G. y Arenhart, S.C., 2009: *Prova*, Sao Paulo: Revista dos Tribunais.
- Martínez, S.F., 2003: *Geografía de las prácticas científicas*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Martínez, S.F. y Suárez D., E., 2008: *Ciencia y tecnología en sociedad: El cambio tecnológico con miras a una sociedad democrática*, México: Limusa.
- Matilal, B.K. y Chakrabarti, A. (eds.), 1994: *Knowing from Words*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- Mayo, D., 1996: *Error and the Growth of Experimental Knowledge*, Chicago: University of Chicago Press.

- Mazzarese, T., 1992: “Dubbi epistemologici sulle nozioni di «quaestio facti» e «quaestio juris»”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, no. 69.
- McCormick, C., 1954: *Handbook on the Law of Evidence*, St. Paul Minnesota: West.
- McCormick, M., 1982: “Scientific Evidence: Defending a New Approach to Admissibility”, en *Iowa Law Review*, 67.
- McDowell, J., 1994: “Knowledge by Hearsay”, en Bimal Krishna Matilal y Arindam Chakrabarti (eds.): “Knowing from Words”, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- McGeer, V., 2008: “Tust, Hope, and Empowerment”, en *Australian Journal of Philosophy*, 86.
- McLeod, C., 2011: “Trust”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition),. Disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/trust/>
- McMullin, E. (ed.), 1992: *The Social Dimensions of Science*, Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- McMyler, B., 2011: *Testimony, Trust, and Authority*, New York: Oxford University Press.
- Michael, J. y Adler M.J., 1931: *The Nature of Judicial Proof. An Inquiry into Logical, Legal, and Empirical Aspects of the Law of Evidence*, United States: A D Press.
- Miguel y Alonso, C., 1972: “La cientificidad de la prueba pericial y la libertad de apreciación del juzgador en el proceso civil español”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, no. 1.
- Mnookin, J.L., 2008: “Of Black Boxes, Instruments, and Experts: Testing the Validity of Forensic Science”, en *Episteme. A Journal of Social Epistemology*, vol.5, no. 3.
- Mnookin, J.L. y Gross, S., 2003: “Expert Information and Expert Evidence: A Preliminary Taxonomy”, en *Seton Hall Law Review*, vol. 34.
- Montmarquet, J.A., 2007: “‘Pure’ versus ‘Practical’ Epistemic Justification’, en *Metaphilosophy*, vol. 38, no. 1.

- Montero Aroca, J., 1998: La prueba en el proceso civil, 2ª ed., Madrid: Editorial Civitas S.A.
- 2006: “Especialidades de la prueba pericial en el juicio verbal”, en Ledesma, P. y Zubiri de Salinas, F.: La prueba pericial en el proceso civil, Madrid: Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial.
- 2007: La prueba en el proceso civil, Madrid: Civitas.
- Moran, R., 2005: “The Problems of Sincerity”, en Proceedings of the Aristotelian Society, 105.
- 2006: “Getting Told and Being Believed”, en Lackey, J. y Sosa, E.: The Epistemology of Testimony, New York: Oxford.
- Mousa H., A. y Hamdan A., S., 2010: “Theoretical Approaches to Admitting Scientific Evidence in the Adversarial Legal System”, European Journal of Scientific Research, vol. 41, no. 2.
- Mueller C.B. y Kirkpatrick, L.C., 2007: Federal Evidence, 3ª ed., vol. 1, Thomson West.
- Muffato, N., 2012: “Materiali per un'analisi dei concetti di rilevanza probatoria e causale”, en Materiali per una storia della cultura giuridica, XLII/2.
- Mulhall, S., 2011: “Wittgenstein on Religious Belief”, en Kuusela, O. y McGinn, M.: The Oxford Handbook of Wittgenstein, New York: Oxford University Pres.
- Nance, D. 1988: “The Best Evidence Principle”, en Iowa Law Review, 73.
- 2004: “Reliability and the Admissibility of Experts”, en Seton Hall Law Review, vol. 34.
- 2005: “Two concepts of reliability”, en The Journal of Philosophy, Science and Law, vol. 5.
- Narváez, M., 2004: Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico, Madrid: Marcial Pons.
- National Academy of Science, 2009: Strengthening Forensic Science in the United States, Washington: The National Academy Press. Disponible en <http://www.nap-edu/catalog/12589.html>
- Nieva F., J., 2009: Jurisdicción y proceso, Barcelona: Marcial Pons.
- 2010: La valoración de la prueba, Barcelona: Marcial Pons.

- Origgi, G., 2004: "Is trust an Epistemological Notion?", en *Episteme*, 1.
- Páez, A., 2013: "Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia", en Vázquez, C.(ed.): *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Barcelona: Marcial Pons.
- 2014: "La prueba testimonial y la epistemología del testimonio", en *Isonomía*, no.40.
- Pallares, E., 1963: *Diccionario de derecho procesal civil*, México: Porrúa.
- Pardo, M.S., 2005: "The Field of Evidence and the Field of Knowledge", en *Law and Philosophy*, 24.
- 2007: "Testimony", en *Tulane Law Review*, vol. 82.
- 2010: "Evidence Theory and the NAS Report on Forensic Science", en *Utah Law Review*, no. 2.
- Pegliasco, R.G. y Saccomanno, L. (coords.), 2010: "Manual de evidencia científica", Bariloche: Poder Judicial de Río Negro y Finis Terra S.A.
- Peirce, Ch. S, 1931: *Collected Papers*. Citado por la edición de Hartshorne, P.W. y Burks, A., Cambridge: Harvard University Press.
- Pereda Gámez, F.J., 2006: "La prueba pericial en los litigios derivados de la ley de ordenación de la edificación", en Ledesma, P. y Zubiri de Salinas, F.: *La prueba pericial en el proceso civil*, Madrid: Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial.
- Pérez Gil, J., 2010: *El conocimiento científico en el proceso civil: Ciencia y tecnología en tela de juicio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Picó i Junoy, J., 1998: *La imparcialidad judicial y sus garantías: La abstención y la recusación*, Barcelona: José María Bosch Editor.
- 2001: *La prueba pericial en el proceso civil español, Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona: Bosch Editor.
- 2007: *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual, Barcelona: Bosch editor.
- Plantinga, A., 1993a: *Warrant and Proper Function*, New York: Oxford University Press.
- 1993b: *Warrant: The Current Debate*, New York: Oxford University Press.

- Popper, K.R., 1934: *The Logic of Scientific Discovery*: Routledge. Citado por la traducción al castellano de Sánchez de Zavala, V., 2008: *La lógica de la investigación científica*, 2ª ed., Madrid: Tecnos.
- 1961: *The Structure of Science*: Harcourt, Brace & World, Inc. Citado por la traducción al castellano de Míguez, N., 1994: *Conjeturas y refutaciones*, Barcelona: Paidós.
- 1972: *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach*, Oxford: Oxford University Press. Citado por la traducción al castellano de Solís Santos, C., 1974: *Conocimiento objetivo*, Madrid: Editorial Tecnos.
- 1980: *Die beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie. Aufgrund von Manuskripten aus den Jahren 1930 – 1933*, Mohr Siebeck. Citado por la traducción al castellano de Albisu Aparicio, M.A., 1998: *Los dos problemas fundamentales de la Epistemología (Basado en manuscritos de los años 1930 – 1933)*, Madrid: Tecnos.
- 1994: *The Myth of the Framework in Defense of Science and Rationality*, Routledge. Citado por la traducción al castellano de Galmarini, M.A.: *El mito del marco común: en defensa de la ciencia y la racionalidad*, Barcelona: Paidós, 1997.
- Posner, R., 1999: *An Economic Approach to the Law of Evidence*, John M. Olin Law & Economics, Working Paper No. 66. Disponible en: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/66.Posner.Evidence.pdf>
- Potter, N.N., 2002: *How Can I be Trusted? A Virtue Theory of Trustworthiness*, Maryland: Rowman & Littlefield.
- Pou G., F., 2012: “Los casos de los militares con VIH. El impacto del conocimiento médico en el análisis constitucional sobre discriminación”, en *Gaceta Médica de México*, 148.
- Prieto Castro, L.: 1968: *Manual de derecho procesal civil*, Madrid: Librería General.
- Quesada, D., 1998: *Saber, opinión y ciencia*, Barcelona: Ariel.
- Redmayne, M., 1998: “Admissibility Standards for Scientific Evidence”, en Madellin, I. (ed.): *Admissibility Evidence in Criminal Cases. Collected Papers*, U.K.: Windsor Castle.

- 2001: *Expert Evidence and Criminal Justice*, New York: Oxford University Press.
- Redondo, C., 1996: *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Reid, T., 1895: *Philosophical Works*, vol. I: London Longmans, Green & Co.
- Restrepo Fernández, C.M., 2007: *Las pruebas de filiación: apuntes de genética para abogados*, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Rezende de Almeida, D.A., 2011: *A prova pericial no processo civil. O controle da ciencia e a escolha do perito*, Rio de Janeiro: Renovar.
- Richard, G., M., 2001: "Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso penal" en Abel Lluch, X. y Richard G., M. (dirs.): *Estudios sobre prueba penal*, vol. II, Madrid: La Ley grupo Wolters Kluwer.
- 2011: "Jurisprudencia sobre derecho probatorio", en *La Ley*, 158.
- Risinger, D.M., 2000: "Navigating Expert Reliability: Are Criminal Standards of Certainty Being Left on the Dock?", en *Albany Law Review*, 64.
- Rivera Morales, R., 2011: *La prueba. Un análisis racional y práctico*, Madrid: Marcial Pons.
- Roberts, P. y Zuckerman A., 2004: *Criminal Evidence*, New York: Oxford University Press.
- Robles LI., M.A. y Vega R., A., 2009: *Grafoscopía y pericia caligráfica forense*, Barcelona: Bosch.
- Rodrigo de Larrucea, C., 2010: "La contradicción en el dictamen pericial. Tratamiento conceptual de la sana crítica y efectos prácticos", en *Diario La Ley*, no.7494
- Rorty, A. O., (ed.): 1980: *Explaining Emotions*, Berkley: University of California Press.
- Ross, A., 1986: "Why Do We Believe What We Are Told?", en *Ratio*, XXVII.
- Ryle, G., 1949: *The Concept of Mind*. Citado por la traducción al castellano de Rabossi, E., 2005: *El concepto de lo mental*, Barcelona: Paidós Surcos.
- Sampaio A. R., G., 2013: "No Need to Toss a Coin: Conflicting Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process", en *Law, Probability and Risk Advance*.

- Sanders, J., 1992: "The Bendectin Litigation: A Case Study in the Life Cycle of Mass Torts", en *Hastings Law Journal*, no. 43.
- 1994: "Scientific Validity, Admissibility and Mass Torts after Daubert", en *Minnesota Law Review*, vol. 78.
- Sartorius, R. (ed.), 1983: *Paternalism*, Minneapolis: Minnesota University Press.
- Schauer, F., 2009: *Thinking Like a Lawyer*, Harvard University Press. Citado por la traducción al castellano de Schleider, T. 2013: *Pensar como un abogado*, Barcelona: Marcial Pons.
- 2010: "Can Bad Science be Good Evidence?", en *Cornell Law Review*, 95.
- Schmitt, F.F., 1994: "Socializing Epistemology: An Introduction Through Two Sample Issues", en Schmitt, F.F. (ed.): *Socializing Epistemology. The Social Dimensions of Knowledge*, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers.
- Searle, J., 1969: *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press. Citado por la traducción al castellano de Valdés Villanueva, L.M., 1990: *Actos de Habla: Ensayo de filosofía del lenguaje*, Madrid: Ediciones Cátedra.
- 1975: "A Taxonomy of Illocutionary Acts", en Gunderson, K. (ed.): *Language, Mind, and Knowledge*, Minneapolis: University of Minnesota Studies.
- 1995: *The Construction of Social Reality*: Simon & Schuster. Citado por la traducción al castellano de Domènech, A., 1997: *La construcción de la realidad social*, Barcelona: Editorial Paidós.
- 1998: *Mind, Language and Society: Philosophy in the Real World*. Traducción al castellano de Alborés Rey, J., 2001: *Mente, lengua y sociedad. La filosofía en el mundo real*, Madrid: Alianza Editorial.
- Selinger, E. y Crease, R.P., 2006: "Introduction", en Selinger, E. y Crease, R.P. (ed.), *The Philosophy of Expertise*, New York: Columbia University Press.
- Serra Domínguez, M., 1969: *Estudios de derecho procesal*, Barcelona: Ariel.
- 2000: *La ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Barcelona: J.M^a Bosch.
- 2000b: "De la prueba de peritos", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, 2^a ed., t. XVI, vol. 2, Madrid: EDERSA.

- Shera, J., 1970: *Sociological Foundations of Librarianship*, New York: Asia Publishing House.
- Shogenji, J., 2012: "Internalism and Externalism in Meliorative Epistemology", en *Erkenn*, 76.
- Simpson, T.W., 2012: "What is Trust?", en *Pacific Philosophical Quarterly*, 93.
- 2013: "Books review", en *Mind*, vol. 122.
- Starrs, J.E., 1982: "'A Still-Life Watercolor': Frye v. United States," *Journal of Forensic Sciences*, JFSCA, vol. 27, no. 3.
- Stein, A., 2005: *Foundations of Evidence Law*, New York: Oxford University Press.
- Stein, F., 1893: *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*. Citado por la traducción al castellano de De la Oliva, A. (1990): *El conocimiento privado del juez*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- Stephen, J.F., 1876: *A Digest of the Law of Evidence*, London: Macmillan and Co. Consultado en Berkowitz D. y Thorne S., 1978: *Classics of English Legal History in the Modern Era*, New York: Garland Publishing, Inc.
- Tapper, C., 2010: *Cross and Tapper on Evidence*, 12ª ed., London: Butterworths.
- Tarello, G., 1988: *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bolonia: Società editrice il Mulino. Citado por la traducción al castellano de Rosas Alvarado, I., 1995: *Cultura jurídica y política del derecho*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Taruffo, M., 1992: *La prova dei fatti giuridice*, Milano: Giuffrè Editore. Citado por la traducción al castellano de Ferrer B., J., 2002: *La prueba de los hechos*, Madrid: Trotta.
- 1996: *La prova scientifiche nella recente esperienza statunitense*, en *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*, no. 50, vol. 1.
- 2008: *La prueba*, Barcelona: Marcial Pons.
- 2009: *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Citado por la traducción al castellano de Accatino S., D., 2010: *Simplemente la*

- verdad: El juez y la construcción de los hechos, Barcelona: Marcial Pons.
- Tellus Institute, 2008: "Daubert: The Most Influential Supreme Court Ruling You've Never Heard Of", Publication of the Project on Scientific Knowledge and Public Policy. Disponible en: <http://defending-science.org/science-courts>
- Thagard, P., 1988: Computational Philosophy of Science, Cambridge-Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology Press.
- Thayer, J.A., 1998: A Preliminary Treatise on Evidence at Common Law, Cambridge: Harvard University Press.
- Tillers, P., 1983: "Introduction", en Wigmore, J.H.: Evidence In Trials At Common Law, vol. I, revisada por Tillers, P., Boston: Little, Brown and Company.
- Tomkovicz, J.J., 2011: Constitutional Exclusions: Rules, Rights, and Remedies that Strike the Balance between Freedom and Order, United States of America: Oxford University Press.
- Tonini, P., 2000: "Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento", en Diritto penale e processo, no. 10.
- 2003: "Prova scientifica e contraddittorio", en Diritto penale e processo, no. 12.
- 2011: "Dalla pericia 'prova neutra' al contraddittorio sulla scienza", en Diritto penale e processo, no. 3.
- 2012: "Il diritto alla prova scientifica a dieci anni dalla sentenza Franzese", en Processo penale e Giustizia, año II, no. 4.
- Tuzet, G., 2013: Filosofia della prova giuridica, Torino: G. Giappichelli Editore.
- Tversky, A.; Kahneman, D.; y Slovic, P., 1982: Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases, Cambridge: Cambridge University Press.
- Twining, W., 1985: Theories of evidence: Bentham and Wigmore, California: Stanford University Press.
- 2006: Rethinking Evidence: Exploratory Essays, 2ª ed., London: Cambridge University Press.
- Ubertis, G., 2002: Prova e contraddittorio, en Cassazione penale, XLII.

- 2005: Contradditorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano, en Cassazione penale, XLV.
- Ullmann-Margalit, E., 2004: "Trust, Distrust, and Something In Between", en Hardin, R.: Distrust, New York: Russell Sage Foundation.
- Van Fraassen, B.S., 1980: The Scientific Image, Oxford University Press. Citado por la traducción al castellano de Martínez, S., 1996: La imagen científica, México: Paidós.
- Van Kampen, P.T.C., 1998: Expert Evidence Compared. Rules and Practices in the Dutch and American Criminal Justice System, Antwerpen: Intersentia Rechtswetenschappen.
- VanDeVeer, D., 1986: Paternalistic Intervention, Princeton: Princeton University Press.
- Vázquez, C., 2013: "A modo de presentación", en Vázquez, C. (ed.): Estándares de prueba y prueba científica, Barcelona: Marcial Pons.
- Vidmar, N., 2005: "Expert Evidence. The Adversary System, and The Jury", en American Journal of Public Health, 95.
- Walton, D., 1997: Appeal to Expert Opinion, Pennsylvania: Pennsylvania State University Press.
- Webb, M.O., 1993: "Why I Know About As Much As You. A Reply to Hardwig", en The Journal of Philosophy, 90.
- Weinstein, J. y Berger, M., 2010: Weinstein's Evidence Manual: A Guide to the Federal Rules of Evidence Based on Weinstein's Federal Evidence, San Francisco: LexisNexis.
- Wicker, W., 1953: "The Polygraphic Truth Test and the Law of Evidence", en Tennessee Law Review, no. 22.
- Wigmore, J.H., 1913: The Science of Judicial Proof. As Given by Logic, Psychology, and General Experience, 3ª ed., 1937, Boston: Little Brown and Company.
- Williams, B., 1988: "Formal Structures and Social Reality", en Gambetta, D. (ed.): Trust. Making and Breaking Cooperative Relations, New York: Basil Blackwell.

- Williamson, T., 2000: Knowledge and its Limits, Oxford: Oxford University Press.
- 2005: "Contextualism, Subject-Sensitive Invariantism and Knowledge of Knowledge", en The Philosophical Quarterly, 55.
- Winch, P., 1958: The Idea of Social Science and its Relation to Philosophy: Routledge & Kegan Paul. Citado por la traducción al castellano de Vigaró de Bonacalza, M.R., 1972: Ciencia Social y Filosofía, Buenos Aires: Amorroutu editores.
- Wittgenstein, L., 1953: Philosophische Untersuchungen. Citado por la traducción al castellano de García Suárez, A. y Moulines, U., 2002: Investigaciones Filosóficas, Barcelona: Ed. Crítica, S.L.
- Wright, G.H., von, 1963: Norm and Action: A logical enquiry, London: Routledge & Kegan Paul. Citado por la traducción al castellano de García F., P: Norma y acción: una investigación lógica, Madrid: Tecnos (1979).
- Zubiri de Salinas, F., 2006: "Valoración de la prueba pericial", en Ledesma, P. y Zubiri de Salinas, F.: La prueba pericial en el proceso civil, Madrid: Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial.

Anexo

Conclusions

In dissertation, I focus mainly on expert evidence, with fundamental emphasis on the points related to the probative reasoning. It is not limited to a particular legal system, but based on the common features shared by many contemporary legal systems, in which this kind of evidence is offered and required. Part of the project is reconstructive, but for the most part it is normative in the sense that it purports to offer some guidance regarding admission, hearing, and assessment of expert evidence.

An analysis of the expert evidence is presented within the framework of a rational theory of evidence, i.e., assuming that the purpose of the evidence and proof institution is the search for truth. And that requires the adoption of rulings or verdicts justified on admissible and heard evidence in accordance with epistemological rules.

Of course, I will not provide an exhaustive analysis, in part because I believe that many of the existing problems raised by expert evidence within the ordinary functioning of courts demand a specialized study that takes into account its peculiarities.

In this sense, it of crucial importance to distinguish the legal domain regarding expert knowledge and the expert's domain, and then set up a fluid dialogue among lawyers and specialists of the diverse areas of knowledge. The more fruitful exchange of ideas would be with those expert communities that do not limit themselves only to sending annually lists of available members to make expert testimonies; on the other hand, lawyer can benefit from learning more about non-legal expert matters that have a direct bearing in the practice of law. In short, we should look actively for the collaboration of renowned specialists and not only manage systems for distributing and naming experts as a simple and merely administrative matter.

Expert evidence is intrinsically connected with expert knowledge. However, this knowledge must not be understood as a mere pile of propositions and its logical relations. The knower has to be taking into account for its reconstruction; specifically that the knowledge process implies a complex interrelation between external facts, cognition and values. So, as far as the known facts are not fully objective and we don't know through their impact in our consciousness, we have to abandon naïve objectivism.

Expert evidence is supposed to be a source of knowledge, so to be an expert is not the main question when we dealt with expert evidence. What is important is how a layman judge learns from what the expert says. The judge as a layman doesn't have the abilities to replicate the tests practiced by the experts in order to confirm the truth of her statements, basic concepts or the necessary know-that. Actually, she is epistemically dependent on the expert.

Statements offered by an expert (or any kind of speaker) are not mere vehicles for expressing beliefs that could be inherited by the judge (or any kind of audience). Testimonial exchange does not involve a speaker's belief being transmitted to a hearer. Both, the judge and the expert have to make some epistemic efforts in order to acquire or transmit testimonial justified beliefs. The epistemology of testimony tackles all these matters.

This work gives arguments to overcome the classic epistemological debate between reductionism and non-reductionism regarding the testimony as a source of knowledge. Reductionists impose to the audience an impossible burden by asking that sufficient evidence be personally obtained, and ignoring the cognitive limitations. Non-reductionism, on the other hand, is over permissive in assuming a kind of a priori justification and asking that the audience has no defeaters. If we want to apply this debate on issues of expert evidence, we would say:

- a. From the reductionist approach: the fact finder has to personally obtain the evidence about the reliability of the testimony. And there are two (troublesome) possibilities here:
 - i. One needs an expert- fact finder for each case.
 - ii. We can convert the judge into a pseudo-expert.
- b. From the non-reductionist approach: the fact finder has to follow expert testimonies, unless he has reasons to believe the contrary. This opens the way to credulity, epistemic irrationality or irresponsibility on the part of the judge.

So, the denial of both these approaches is based on various arguments and has different problems. But before we tackle the alternative, it is necessary to emphasize that we learn many things by testimony every single day. Epistemic dependence is present not only in law or in matters of evidence, but is a regular situation in our specialized societies in which the division of cognitive labor is the rule. Nevertheless this work is interested not in the place of testimony in the broader background of epistemic agents, but in the epistemic attitude of a particular judge in front of an instance of testimony.

This work uses two different approaches on testimony as a source of knowledge. They are applied to expert testimony and to the demands that evidence law imposes on expert evidence offered by a party or on evidence given by a court appointed expert. So then, the arguments given so as to consider the types of expert evidence presented and differing totally could obey also to the diverse testimony models. That the epistemological category of expert evidence is not united is assumed because of the differences between the party's expert and the court appointed expert.

Various differences are relevant for expert evidence. The party's expert is per se the expert chosen by one of the sides. In presenting to the judge the statements over the facts that he has to evaluate, party's expert carries on the pertinent tests without a procedure control. The court appointed expert is, on the other hand, named by the judge and carries out the tests under the

procedure frame. He is therefore susceptible to the procedure control, amen to the existence of a possibility that the judge specifies the epistemic necessities of the case. In this matter only minimal conditions have to be observed for the admission of an expert selected by a party, whereas the selection of a court appointed expert already warrants some reasons to believe her testimony.

The court appointed expert is regard as a “trusted expert” by the “truster judge”, precisely because her selection would have implied reasons to believe her testimony. It is assumed that trust is a cognitive attitude: the truster has reasons for thinking that the expert is trustworthy. More specifically, the judge has to ascribe theoretical authority to the expert as well as rational expectations that her interests encapsulate the interest in the search for truth. The interpersonal relationship between the parties in a testimonial exchange should be the central focus of the epistemological concerns. If this is so, we should pay close attention to the naming of the court appointed expert, especially to the criteria with which the expert is selected. For this, many of the nowadays used systems that leave the selection of the expert to chance or random, are totally inadequate.

On the other hand, regarding a party’s expert, the party offers the judge a set of statements based on the allegedly knowledge of the expert she chooses. This means that the party’s expert institution implies a structural bias, because if the testimony turns out to be unfavorable to the party, then, it will not be offered. For this reason, it is important to set at least some legal restrictions for the admissibility of evidence in order to rule out some litigation strategies and to administrate the available resources. A testimonial based justification requires the judge to possess appropriate positive reasons for accepting the given report. Meanwhile, the expert as a speaker must show that it is reasonable to believe that p given the epistemic support available to him that makes p likely true.

We must take into account the differences between the two types of expert evidence. Moreover, in some legal systems only one of them is considered as *evidence*. Furthermore, we must be careful also with the comparisons made in legal systems, especially with the American one, in which paradigmatically the expert is a party's expert; and potentially two agents participate in the decision making process, i.e. the judge and the jury; and where various mechanisms of an adversarial system are found, like the discovery.

Regarding the admissibility of evidence, civil law legal systems increasingly becoming to pay attention to it when expert evidence is at stage. The main idea is to strength the criteria to control the reliability of expert evidence in order to rule its admission or exclusion. The idea is to add controls to the basic relevance assessment to which is submitted any kind of evidence to be used on trial. The impact of this new idea could be found in Daubert v. Merrell Dow Pharma. Inc.'s decision.

Even though some worries are present in the different legal systems, the emphasis has been placed on the different issues depending on the reality of each system, for example:

- a. Meanwhile in traditional civil law systems the role of *peritus peritorum* of the judge on the assessment of evidence is supported, in United States the judge has been conceived as a gatekeeper able to filter the admission of expert evidence of low quality that the jury must not know about.
- b. In traditional civil law systems the judicial decision is controlled *a posteriori*, given that our professional judges have a constitutional obligation to justify its decisions. Meanwhile, in United States those kinds of controls are *a priori*, given that their layman jury don't have any kind of obligation to explain why they have decided as they did.
- c. In both there is a concern about the abilities and skills of the trier of facts. In the American system it is a layman jury that is supposed to be protected epistemologically by a professional judge, meanwhile in our

systems it is a professional judge whose abilities are compared to the expert ones.

- d. And in both cases exists some concerns for the “experts’ market”. Meanwhile in our systems the concern is that is not a good practice that the same expert appears in all process of the same judge, in United States the concern is for the growing market of experts, that some see as being able to say whatever be convenient to the parties.

Even one more and quite important difference, besides the court appointed experts is common in the practice of our courts, both categories of experts (party’s and judge’s ones) have an obligation to tell the truth. The underlying logic is not to let the expert’s party to assert whatever the party asked him, but that the party has to look for the expert who genuinely holds a version compatible with his defense. If in order to make this happens, the party has to choose a worse expert, it is the epistemic price that the party has to pay and the judge has to assess the weakness of this evidence.

The second chapter of this work is devoted to the analysis of the American experience, given the great impact that the case Daubert had in many legal systems. Although the Supreme Court in Daubert took some decisions related to local law, it is implied a rich epistemological approach to the problem of expert evidence. One is the main idea in Daubert that the evidence reliability is given by its scientific character.

The assumption that reliability and the scientific character are coextensive terms requires facing the called demarcation problem. This is to identify the necessary and sufficient conditions to demarcate between science and what is not respect to the areas of knowledge, or to any other particular aspects as theories, experiments, practices, communities, etc. The successful demarcation is then based on fundamental features that make science epistemically superior.

Obviously all those matters are of a great epistemological deep, and should not be (and can't be) ruled by judges or jurors. They can neither use criteria developed by philosophers of science or epistemologist because the most solid approaches on those areas have given us reasons to abandon the demarcation problem. It is generally accepted that not all in the scientific enterprise is reliable and not only science is reliable. Even more, the scientific enterprise is fallible and the knowledge obtained is just probable.

But if we want to use "scientific" as a predicate, it would be necessary to have its definition. This work does not offered any kind of definition of the term; instead it offers a tool to reconstruct, if necessary, a concept of "scientific" taking into account the paradigmatic examples of the sciences. The search for "family resemblances" between the sciences would enable us to identify characteristics common to some (not all) sciences, but each of them would be identified at some level in some sciences.

Given that there is no a precise line between science and no-science and that the terms "scientific" and "reliable" are not coextensive, is necessary to abandon the aim to demarcate scientific evidence and non-scientific evidence in law. The focus has to be in the acquisition of testimonial knowledge by the judge, not the character of the knowledge as it was treated in Daubert case.

The whole story (and relevant), however, is formed by the previous case to Daubert (*Frye v. United States*) and the two following ones (*General Electric v. Joiner* y *Kumho Tire Co. v. Carmichael*). Those show a very explicit way to epistemologically board scientific evidence problems.

The Frye standard, also known as "general acceptance by the scientific community", which nowadays is in vogue is our systems, was ruled to exclude *novel* scientific evidence. It is a conservative criterion, that was praised for being undemanding to judges but full of non-explicit problems like the identification of the relevant community and the tribalism that could lead. The

“x” generally accepted by a community ‘1’ could be rejected by a community ‘2’, and then which community is asked for acceptance is decisive. We need to pay attention to why “x” is generally accepted (instead of look only for the mere acceptance) to overcome some of its problems. In any case, Frye represents the epistemological turn in the judicial approach to expert evidence, focusing in the quality of expert knowledge rather than in the experts’ credentials or any other of her personal attributes.

In Joiner and Kumho the Supreme Court expanded their criteria from scientific evidence to expert evidence broader, leaving the demarcation problem behind. Furthermore, in Joiner the atomism pushed forward by Daubert was questioned; and in Kumho the particularities of a case were taking as decisive in order to assess its reliability.

The analysis undertaken in the second chapter about the American experience allows rejecting the Daubert transplant to civil law systems without considering the whole history and characteristics of this legal system. For example, if the tribunals of law and fact are fused, it would be silly asking them to decide the admissibility of expert evidence in order to decide whether it should be heard or not, in addition to the above mentioned problem of the scientific character. It is necessary to explore more fruitful paths to avoid incurring in the same mistakes.

The epistemic heterogeneity of the expert evidence requires more than a sole criterion to value its quality, like the scientific character of knowledge or the traditional impartiality of the expert. But, neither the alternative strategy of offering an ample list of criteria to assess expert evidence is exempt of substantive problems. There is nor criterion neither a closed list of criteria applicable to expert evidence. In addition, many of the criteria usually included in those lists exist only in the legal discourse and there are not recognizable criteria for expert communities. The latter should tell us more about how judges can obtain more information regarding the quality of the expert evidence.

But the explanation given by an expert community couldn't be enough. The judges must demand empirical data about the results of methods, techniques, procedures and so on. This kind of empirical information could be useful, for example, to select more adequately a court appointed expert or to ask relevant questions during the hearings.

Courts could incentive to produce the needed empirical data. For example, excluding offered expert evidence that does not include that kind of information, given that without it the judge couldn't assess the quality of the statements made by the expert; or encouraging the empirical research if it is a "trusted expert".

Of course, some of the problems are not exclusive of one or other category of expert evidence: a clear example of this is precisely the hearing. So, in the practice of the expert evidence is very important to give (by law or encouraging the practice) an active role to the parties as well as to the trier of fact herself. When referring to a party's expert, it is emphasized the importance that the judge has the possibility to ask widely in order to comprehend better what has been affirmed. Besides, when it is heard the court appointed expert, the cross examination is emphasized as a procedural guarantee for the parties.

Our first concern should be generate procedural mechanisms to offer to the trier of facts to improve her epistemic situation and easier the task instead of being focus on her abilities and skills to assess the expert evidence. Many times criticisms about the activity of the trier of facts are made without having empirical data that support the distrust of such skills.

Many solutions given to face the alleged fact finder's cognitive incompetence are based on an epistemic paternalism. Nevertheless the justification of any epistemic paternalism requires:

- a. Empirical information about the fact finder's cognitive incompetence showing a tendency to errors, of course not about fortuitous errors. It

should require also taking into account some fact finder characteristics; important differences could be between a judge and a juror.

- b. To assess the relevancy of the cognitive incompetence for the task (the judge is not asked to verify the test made by the expert).
- c. To look for appropriate mechanism to exercise paternalism, it is not justified the use of any kind of mechanism. The exclusion of evidence is not the only way to exercise paternalism; it would be better sometimes to impose continuous training to make a judge a better expert knowledge consumer.

On the other side, of course, both kinds of expert testimony *qua* genre specie to which it belong to: the probatory system. Choosing one conception of evidence and proof will delimit the problems and solutions in the expert evidence field.

If we consider that the evidence has to convince the fact finder or motivate her psychological trust it could be congruent to consider as a *determining* or unique criteria, for example, the reputation of the expert or his expository clarity. But, on the other hand, if we consider that the aim of the evidence is to warrant a decision, we need more data about the information used by the expert. What is most self-contradictory is, of course, to use objective criteria to assess expert evidence and at the same support subjective models in decision-making.

In conclusion, a sound analysis of expert evidence implies a general theory of evidence that abstain from supporting judge's subjectivity. What is needed are epistemological bases about expert knowledge that give support to legal requirements.

Besides these general theoretical considerations, for what comes next I look forward to point out some practical conclusions in three diverse scenarios that could also have different addressees.

4. Aiming to the legal culture in general

There are five points that I would like to emphasize in that complex discourse integrated by the law objectives, the roles of each actor in the legal arena, the authority of judicial decisions and the epistemic competence of the officials.

4.1. We learn from testimony.

No one has the capacity to know by itself that what we know together. In that sense, learning from testimony is so important and we have to take actions in both levels, personal and social, to develop our capacities to acquire justified testimonial beliefs.

4.2. The scientific method.

There is not only one scientific method but several methods used by sciences and we need not only an explanation about its functioning but also empirical information about it.

This is not a denial that scientific enterprise is the best way of knowledge we ever have, it only means that the whole stuff developed by it doesn't have the same grade of reliability. And not only the stuff developed by it are reliable.

4.3. Im/partiality

Impartiality is a criteria much more complex than the presence or absence of a bias towards a party considering that the party hired the expert (structural bias). We should distinguish among cognitive and dispositional partiality; an impartial court appointed expert could be affected by both of them. A guiding principle should be that an expert affected by a structural bias is not less reliable.

And, of course, not any disagreement is a result of a partiality neither there is a necessary disagreement when the experts are affected by some kind of partiality.

4.4. Empirical information about the record of the experts would assist the whole practice of expert evidence.

I'm not aware of any kind of effort to get information about how the experts work even when there are too many complains about it. These data could assist the trier of fact in order to select experts or to know what kind of test an expert used or what results got in past trials.

4.5. Empirical information on how courts function is needed.

What kinds of expert testimonies are used by courts to ruling cases, in what kind of processes are decisive, which are its deficiencies? .

In order to get those data it would be necessary, among other things, that the judges justified adequately their decisions. Also legal scholars should pay attention to that kind of problems, invest time and efforts in empirical research.

5. Aiming to the legislator, of *lege ferenda*

It is important to remember that my analysis is not focused in a particular legal system; due to this the following points are not aimed to a concrete legislation. *Lege ferenda* only means in this context that the following mechanisms should be anticipated normatively, with independence if any jurisdiction has regulations about it.

5.1. Admissibility of expert evidence

- a. Those systems that allow random selection of the court appointed expert has to be abrogate. The expert that will participate in a given judicial process can't be left up to the fate. Even though information about the experts that are able to participate is still a good tool for fact finders, if there is a control about their professional skills. But who is the best expert for a specific case is a judicial decision.
- b. It is necessary to foresee some institutional mechanisms to incentive experts to act in a professional way. Those rules that sanction some of her bad performance are not sufficient because its inefficiency. Mechanisms could be positive in order to incentive a trustworthy demeanor and negative to discourage untrustworthy ones.
- c. The main criterion to admit o exclude evidence should be its relevancy, leaving the assessment of its reliability for the end of the judicial process.

5.2. Hearing of expert evidence

- a. It would be instructive for judges to be present when the expert is conducting a test. This possibility should be regulated.
- b. An adequate hearing for the expert evidence has to be guaranteed, without limiting the possibilities for questioning.
- c. We should have mechanisms to approach the disagreements between experts. The confrontation (face to face testimony) is a possibility that can be explored.

5.3. Proof

Assuming that the legislator usually chooses the free proof system for the assessment of expert evidence. I just want to emphasize that inter-subjective standards of proof are needed. Not only for expert evidence but in this case its necessity is undeniable.

6. Aiming to the courts and fact finders

This analysis supposes a committed attitude of the judges that probably means an extra workload and the availability of resources. This matters goes beyond the limits of this analysis.

Expert knowledge in abstract or in general is much more problematic than the expert knowledge used in a specific case. In that sense, it is better to think on expertise case by case.

6.1. Aiming to the admission of an expert evidence

- a. If expert evidence offered by parties is at stake, the experts' credentials are a prerequisite for its admissibility, but should not be ignored that expertise is much more than credentials. And if it is a court appointed expert, her credentials are informative, but it is necessary to take into account her track record or the expert community's appraisal about her expertise.

- b. The fact that a judge would have expert knowledge relevant for a case it does not determine the admissibility of expert evidence. But if the expert evidence is about the ultimate issue it is inadmissible.

6.2. About the hearing of an expert evidence

- a. The avoidance of judges' soliloquies is necessary. The ideal situation is to call the expert to trial in order to explain the statements made in her report.

- b. It is imperative for judges to learn to manage the disagreements between experts. For it, I suggest the next guide of questions:

- i. Is there a real disagreement between the experts?
- ii. What exactly the disagreement is about? The judge has to incentive experts in order to they themselves identified the agreements and disagreements in their reports.

- iii. Is it a disagreement between epistemic pairs?

- a. In case of an affirmative answer, the judge could use as a guide the report of the best epistemological situated expert (for example, to know what kind of information ask for, what data are missing, and so on).

- b. In case of a negative answer, the best option would be a face-to-face confrontation between the experts.

- iv. If the judge could not get reasons to believe in one or other expert during the face to face testimony, he still have rules as the burden of proof to ruling the case.

6.3. Notes for the assessment of an expert evidence

- Information about the reliability of mechanisms used by the experts is necessary in order to assess the reports in a case.
- Look for sources of error is always reasonable to identify mistakes.
- Do not use numerical criteria as the "*pluralidad coincidente*" or "*perito tercero en discordia*".

Judges as repeat players on trials acquire a background rich enough to carry out the rational assessment of expert evidence, and to question the expert statements during the hearings in order to understand them.

7. To continue working

I would like to finish this work mentioning some matters that I haven't deal with but that it would be worth work on it in a near future:

- a. Trust in collectives or organizations that assumed the task of expert evidence. It cannot be assumed that reasons operate in the same way when the trusted is a collective not an individual.
- b. Criteria to assess expert evidence suggested and/or used by the corresponding areas of knowledge.
- c. The consequences for the appellate instance that would have the models of expert evidence developed.

Of course, those areas of research are not exhaustive, but I think they give us some guidelines to deepen the analysis of expert evidence.