



ANEXO DE LECTURAS

**CURSO “LA PRUEBA CIENTIFICA EN MATERIA
FAMILIAR Y PENAL”**

UNIDAD I: PRUEBA PERICIAL VS. PRUEBA CIENTIFICA

- 1) CARBONE, Carlos Alberto, La Evidencia Científica ¿ADN VS. DNI?,
- 2) GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo. GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo. "La prueba científica no es prueba pericial". En Derecho & Sociedad N° 38. Asociación Civil. Lima, 2012.
- 3) TARUFFO, Michelle. "El conocimiento científico y estándares de prueba judicial". En: Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal. V.V.A.A. Sello Editorial Universidad de Medellín, 2005.

UNIDAD I: PRUEBA PERICIAL VS. PRUEBA CIENTIFICA

- 1 **CARBONE, Carlos Alberto, La Evidencia Científica ¿ADN VS. DNI?,**

LA EVIDENCIA CIENTÍFICA: ¿ADN VS. DNI?

Por Carlos Alberto Carbone *

Sumario I- LA PRUEBA Y EL ROL JUDICIAL II “LAS CIENCIAS ADELANTAN QUE ES UNA BARBARIDAD” III LA CIENCIA IV. PRUEBA CIENTÍFICA. V. LA PRUEBA CIENTÍFICA EN EL PROCESO VI. DIESEIS NOTAS ESPECÍFICAS DE LAS PRUEBAS CIENTÍFICAS. 1. Pruebas de colaboración 2. Necesidad de complementariedad 3. Trasmudan la discusión sobre la oralidad 4. Interrelacionan el derecho procesal civil con el penal 5. Involucran la dignidad personal. 6 Perforan las barreras de las fronteras 7. Se rinden mediante pericial individual o por informes 8. No se condicionan a dictaminar siempre 9 Informan su dictamen mediante baremos de probabilidad 10 Deben ser practicadas por expertos y no siempre por peritos 11 Suelen impedir el reemplazo del experto 12 Causan perplejidad en los operadores jurídicos 13. Fulminan la eficacia de otros métodos y pruebas tradicionales 14 Acotan la discrecionalidad judicial para rechazar su ofrecimiento 15 Recortan el nivel de decisión judicial para apartarse del dictamen científico. 16 Pueden alterar los límites de la cosa juzgada IX VALORACIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA. 1. Estado de derecho y valoración de la prueba. 2. Apartamiento del dictamen en la pericial común 3 Apartamiento del dictamen del experto científico o el juez de toga blanca. 4 Instrucciones para el juez 5 Irradiación de la pauta de la ley 23.511.-6 Las modelos del art. 477 del CPCN 7. Supuestos que podrían justificar el apartamiento de la prueba científica.- 8. La concordancia de la prueba científica con las constancias de autos. 9 Iniciativa pericial científica judicial. 10 ¿Puede el juez acudir a conocimientos ajenos al proceso? X LA SUBJETIVIDAD DEL PERITO EN LA PRUEBA CIENTÍFICA.

"

I. LA PRUEBA Y EL ROL JUDICIAL

La función del juez no es ajena a la del historiador: debe investigar como sucedieron los hechos sometidos en crisis procesal y como no estuvo presente en los mismos, debe reconstruirlos para saber a quien dar la razón.¹

Probar es el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al magistrado la convicción de los hechos que interesan al proceso ²

* Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNR. Profesor Universitario con título expedido por la Universidad Abierta Interamericana. Docente de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la UNR. Docente de Procesal Penal y Penal II en la Facultad de Derecho de la Universidad Abierta Interamericana. Magistrado. Director Ejecutivo del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario. Director académico de la “Diplomatura en pericias Judiciales” organizado por el Centro de Capacitación de la Corte Suprema de Sta Fe.

¹ Pero probar es también lograr autenticidad, esto es obtener de la prueba la fe suficiente para tenerla como conforme con la realidad (Zeus T 62 pag. R-37 n° 14423).

² Probar es verificar hechos mediante determinados medios y evaluarlos según principios preestablecidos, en nuestro sistema la sana crítica, que permiten al juez lograr convicción. Por eso la esencia del proceso cualquiera sea, radica en poder probar lo que se afirma para poder “convencer” al juez de los argumentos para que acoja o rechace la pretensión discutida. Se trata pues de demostrar la verdad de una proposición. Puede verse en este sentido Carnellutti, Francesco “La Prueba civil” 2da Ed. Desalma, Bs. As. 2000 pasim 37/44

Es una regla procesal que la prueba tiene por fin lograr la convicción del juez ³ sobre la existencia o no de los hechos del proceso.⁴ Y ello es de suma importancia ante los avances de la ciencia y la técnica que revolucionaron la forma de transmitir del pensamiento, de negociar, de estudiar al ser humano a través de la biología, la genética, etc. para el juez pueda contar con ellos en el proceso.

Hay una lucha larvada en la historia para sacar protagonismo a los jueces como supremos evaluadores de la prueba al punto que es gráfico recordar las cinco fases de la evolución del sistema probatorio⁵: 1) Etnica: sociedades primitivas, la prueba era típica del procedimiento, la flagrancia. "La expulsión de la paz". El grupo avanza en detrimento del juzgamiento por parte del juez. 2) Religiosa: misticismo, invocación a los dioses, peritajes divinos legales del pasado. Se produce un avance del sacerdote en detrimento del juez 3) Legal: avanza el legislador sobre el juez, ya que la ley le ordena como debe probar los hechos, se establecen los medios de prueba y su valor, es el reino de la prueba tasada, donde la confesión era la más apta: para ello se usaba de la tortura y tormentos. 4) Sentimental: fase donde impera la íntima convicción; aparece el jurado norteamericano que no debe fundamentar su fallo. Se observa aquí un desplazamiento no solo del pueblo en detrimento del juez técnico, sino también sobre el legislador de la prueba tasada 5) Científica: prueba del *futuro* dada por los peritajes no solo explican los hechos investigados sino dar respuesta metódica por los datos obtenidos por la experiencia. A primera vista como veremos parece producirse un avance del científico, del experto o perito que prácticamente no le deja otro camino al juez que seguir su dictamen.

Esta última etapa que Ferri calificó como científica, es la actual, que demanda laboreo continuo de los laboratorios, de expertos médicos, químicos, físicos, etc.

Es cierto, que *los testigos son los ojos y los oídos de la Justicia*, como lo decía Bentham, pero también se afirma con elocuencia que es cierto que tales ojos y oídos pueden estar sufriendo de defectos orgánicos o emocionales que le impiden ver y oír, o lo que es peor, pueden estar

³ Devis Echandía Hernando "Compendio de la prueba judicial" Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 1984 T. I pasim 32/35

⁴ Ferreira de la Rúa y González de la Vega de Opl "Teoría General del Proceso" Ed Advocatus, Córdoba 2003, T. II pag. 164/5. En el caso penal, acerca de los extremos de la imputación delictiva - hecho ilícito y participación - de manera de conformarse o ajustarse a la realidad, siendo indispensable otorgar libertad para obtener las que fuesen pertinentes, con las limitaciones que establezca la ley procesal, que expresamente estatuye el principio de libertad probatoria en el art. 209 del C. P. P.S.F (Cámara. Penal Rosario, sala 3ª, 29-08-94. I., f. j. s/homicidio cal. colección zeus, tomo 66, J-344 en CD v4.0 - Nro. Sumario: 3761© 2003

⁵ Ferri, Sociología Criminal, 1905

comprometidos con los intereses personales de quien lo posee, por lo que no se debe dejar a la justicia decidiendo sin sentidos, sino con ellos, pero además con lo que la ciencia y la técnica les indica.⁶

II “Las ciencias adelantan que es una barbaridad”.

Dice una clásica zarzuela: “*Las ciencias adelantan que es una barbaridad*” metáfora que encastra perfecto al derecho, siempre a la zaga de aquellas.

Del fenómeno pueden dar cuenta los avances de la biología que reclaman urgentes soluciones legales para la fecundación in vitro y la suerte de los embriones no utilizados (congelación?), la fecundación de parejas de mujeres homosexuales, el *alquiler o préstamo* de vientres, los bancos de semen de personas desconocidas para la mujer fecundada con el problema de la paternidad, fecundación pos mortem, ponen de bruces a los jueces ante los planteos éticos.

Como veremos, el proemio elegido no hace nada más que graficar la *modernidad y fugacidad* posterior de los adelantos de algunos tópicos científicos, que coloca al juez en una posición por cierto incómoda con relación a la valoración de llamadas pruebas clásicas en verdadero dilema a la hora de su valoración.

La ciencia ha dado paso a la técnica que revolucionó la sociedad y el derecho procesal mismo: la fotografía, las filmaciones, las grabaciones, contratos por internet, los microprocesadores, las redes digitales, los nuevos métodos de investigación de la paternidad como el ADN, los métodos de identificación de la voz, el correo electrónico, la información que circula por los teléfonos celulares, cintas magnéticas, télex, fax, disquettes, discos ópticos, etc.; presentan un conjunto nada homogéneo que representan hechos con un potencial de relevancia/jurídica.⁷

Los nuevos perfiles tecnológicos en el comienzo del tercer milenio inundan al operador jurídico de desafíos probatorios y de numerosas dudas en cuanto a la autenticidad de diversos vehículos que representan la voluntad y el pensamiento, más allá del papel escrito con firma ológrafa:

⁸ Su autoría puede depender de técnicas especiales como el código de ingreso (P.I.N),

⁶ Free web site hosting- Feservers.com.Webhosting-GlobalsEvers.com.

⁷ Alegría, H. “Valor probatorio de los documentos en el derecho argentino” en Rev. De Der. Privado N° 13 Ed. Rubinzal y Culzoni, Sta. Fe 1997 pags. 290/304.

⁸ A los problemas del telegrama, télex, hoy le agregamos los suscitados por la fotocopia, el microfilm, videos, fax, el llamado documento informático (contratos vía Internet), donde la clásica solemnidad de la firma escrita se hace trizas, imponiéndose analizar la eficacia de la criptografía y la firma digital (Giannantonio, Ettore “Valor jurídico del documento

criptografía (codificación compuestas de textos y números como algoritmos), etc.⁹ siendo en su caso necesario una prueba pericial en nuestra opinión.¹⁰

Sería absurdo querer decidir sobre las causas de muerte o el tenor de las heridas en base a conjuros, rezos, o invocaciones a la divinidad, o resolver sobre la responsabilidad a través de *ordallas o juicios de Dios*, haciendo poner al interesado la mano en el fuego o examinando las vísceras de un animal¹¹.

Los adelantos de la modernidad imponen tender el puente entre ciencia y proceso, sino se produce un tremendo contraste entre la masiva aplicación de los mismos, y la carencia muchas veces de normas que regulen la prueba de estas operaciones¹²

III. LA CIENCIA

Desde sus orígenes, el hombre se planteó preguntas sobre el mundo, que a lo largo de su historia han devenido en diferentes respuestas, las que en ese mismo devenir abrieron campos de conocimiento que le permitieron la formulación de nuevas preguntas de las que no podría dar una respuesta correcta sin la presencia de método¹³.

La palabra ciencia deriva de *sciencia, scire, o sea saber*.

Sin embargo no es fácil dar una definición, al punto que Taruffo señala incluso un libro dedicado a la prueba científica donde no se pretende esclarecer el término, sino que se lo abarca en general,¹⁴ fenómeno al que no escapan los estudiosos del derecho procesal a la hora de enmarcar el tema de lo que sea la ciencia. Pero para alarma del lector nosotros no pensamos ser la excepción dado lo limitado de este trabajo, sin perjuicio de trazar una simple idea rectora.

electrónico" Informática y Derecho T. I pág. 93)

⁹ Vgr. por métodos biométricos (que reconocen factores propios de la caligrafía u otros caracteres de la persona no falsificables) existiendo diversos procesos para comprobar alteraciones como programas especiales, técnicas de múltiple elaboración, etc. En la medida que se compruebe en consecuencia la autenticidad en la elaboración y la inalterabilidad los jueces podrán otorgarle valor probatorio (Bergel, Salvador "El documento electrónico y la teoría de la prueba" Revista de Derecho Privado N° 13 Ed Rubinza Culzoni, Sta. Fe 1997 pag 145/6)

¹⁰ Linch Horacio "Notas sobre el Derecho en la era digital " L.L.T.

¹¹ Muñoz Conde, Francisco "Búsqueda de la verdad en el proceso penal" Ed. Hammrabi Bs. As. 2000 pag. 73

¹² *Saber ver con los ojos y con la razón y mirar a través de los instrumentos de última generación, constituirá la clave fundamental de los futuros investigadores*", precisa Manríquez. En Free Web site hosting - Freeservers.com • Web Hosting - GlobalServers.com

¹³ Bar, Aníbal "Investigación Científica e Investigación Criminalística Una discusión sobre aspectos convergentes y divergentes" en [www.moebio.uchile.cl/16/ frames01.htm](http://www.moebio.uchile.cl/16/frames01.htm)

¹⁴ Taruffo Michele "La prova scientifica nel processo civile" citando a Jasanoff, " *La ciencia davanti ai giudici*, Milán, 2001

No debemos olvidar que desde mediados del siglo pasado los pensadores del Círculo de Viena que analizaban qué tipo de conocimientos pueden ser considerados científicos, la justificación lógica de tales conocimientos y con una construcción de un lenguaje propio, preveían la posibilidad inherente al concepto del progreso de la ciencia como un avance hacia la verdad que de algún modo contiene ese conocimiento ¹⁵

Con tal salvedad, sin embargo podemos referir como ciencia al *saber* que resulta del estudio y de la práctica; concierne a la observación y clasificación de hechos estableciendo y formulando conclusiones estrictamente cuantitativas de leyes generales, verificables principalmente por inducción e hipótesis, como las ciencias biológicas, matemáticas, etc.

Bien dice Taruffo que es el juez quien debe trazar una línea en el caso concreto del proceso que se trate para establecer si una prueba tiene el carácter de científica o no, recordando la distinción norteamericana entre ciencia *buena* y ciencia *basura* en cuanto a la admisibilidad de los conocimientos científicos, ya que cualquier cosa que tenga algún origen supuestamente científico no es útil ni válida y como por ejemplo la grafología, la telepatía, etc.; también se debe descartar el uso impropio y manipulado de los términos científicos.¹⁶

Cuando hablamos de ciencia, estamos aludiendo a las ciencias duras, a la química, las matemáticas, la biología, la medicina, la ingeniería, la física.

Ciencias duras: método objetivo. Leyes y teorías de la física, la química, biología, medicina, ingeniería, etc. Hablamos de marcos propios epistémicos y dominios empíricos

Si bien hay consenso en el criterio que enuncia que la ciencia, bajo cualquiera de sus formas, es siempre de lo universal y necesario, no lo hay en cuanto que determinados saberes como la filosofía o el derecho sea ciencia en el sentido acaparado por algunas concepciones que deparan a la ciencia moderna solo restringido a los fenómenos empíricos.¹⁷ Como bien dice Bidart Campos este encuadre epistemológico de la ciencia no tolera leyes de probabilidad o de pronóstico posible de las ciencias sociales, pero lo cierto es que en el campo de las ciencias de la naturaleza se han abierto fisuras en orden a la posibilidad absoluta de certidumbre

¹⁵Bunge, Mario, "La ciencia, su método y su filosofía", Buenos Aires, 1975.

¹⁶Taruffo, Michele op cit

¹⁷ Esta construcción se apoya en la relación que une a dos o más fenómenos con vínculo de necesidad que permitiría saber anticipadamente y universalmente la relación de causalidad entre los mismos, marcado por la ley de necesidad que enuncia de tal modo, lo "*que es*" y no lo que lo "*debe ser*" como las matemáticas y la física, ofreciendo las ciencias aserciones controlables y verificable experimentalmente con dotes de uniformidad.

(piénsese en la astronomía y las concepciones del big bang entre otras) mientras que las llamadas del "espíritu" han ido afianzando su pretensión y su reconocimiento como ciencias.¹⁸

Hay que reconocer que hay una ciencia del derecho, una ciencia jurídica, cuyo objeto es precisamente el derecho.

El conocimiento científico se vale de un tipo particular de método que, a diferencia de otros métodos ligados al conocimiento, merece la categoría de objetivo ¹⁹

IV. PRUEBA CIENTÍFICA

Si hablamos de pruebas científicas nos referimos a evidencias que "están de acuerdo con" determinado conocimiento deductivo conforme procedimientos rigurosos o métodos precisos de las ciencias. Pero no puede haber ni mistificación ni mitificación respecto de sus avances ya que lo que hoy es lo máximo, mañana puede no serlo, como sucedía con las pruebas sanguíneas que hoy solo sirven para excluir la paternidad y son superadas por el H.L.A. y el ADN ²⁰.

Como todo fenómeno la ciencia puede ser objeto de una consideración filosófica que la enfoca desde dentro, puede decirse que el concepto no es exclusivo de las ciencias referidas a la materia, a la naturaleza, como la física, la genética, sino que se aplica a otros conocimientos relativos al espíritu, sociales o de la cultura.²¹

Se caracterizan, según las conclusiones del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1995 desde el punto de vista subjetivo porque exigen la participación de técnicos o expertos en una materia dada, y objetivamente porque los medios utilizados para su obtención aseguran, con distinto grado, su eficacia.

El concluyó en dicho certamen, que el resultado de tales pruebas otorga una certeza mayor que el resto de las pruebas". ²²

¹⁸ Hoy se traza un concepto de ciencia que abarca a los dos campos por cuanto abarcan "un conocimiento explicativo, que supone la crítica, la metodología y la sistematización; se sostiene que el conocimiento científico solo hace afirmaciones sobre aquello de lo que puede dar razón, y las hace en forma coherente como para que compongan un todo orgánico" Bidart Campos, Germán "Epistemología del Derecho" L.L. T. 1980 pag. 1128

¹⁹ Otros métodos no buscan leyes y teorías, sino la resolución de casos particulares

Del mismo modo que el método científico, existen otros métodos vinculados al conocimiento cuyo fin no es la búsqueda de leyes ni teorías, sino la resolución de casos particulares, aunque con la misma pretensión de objetividad.

²⁰Bravo Luna Marta "Por que no pruebas científicas" Ponencia en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal" Santa Fe 1995 Libro de Publicaciones pags. 448 y 449

²¹Ciuro Caldani, Miguel Angel "Meditaciones acerca de la ciencia jurídica" en Rev. De la Fac. de Derecho UNR Rosario, 1982 N° 2 y 3 pag. 89/90

²²Conclusiones, pag. 13

Estas pruebas captan las herramientas de última generación como métodos sofisticados y novedosos ²³

Ejemplos de pruebas científicas: los antes anunciados, las pruebas biológicas, las cuales pueden ser consideradas *las reinas* de estas pruebas, al punto que prácticamente pareciera se las funde en el concepto ²⁴, pero también lo son a nuestro juicio las emanadas de los aparatos electrónicos de identificación de la voz a la hora de peritar la autenticidad ²⁵, la prueba informática, etc. La Ciencia y la Tecnología, con su increíble desarrollo, están aportando conocimientos inéditos para enfrentar la investigación de los delitos o de los hechos objeto del proceso. ²⁶

Pero también la ciencia presenta el desafío previo para resolver los problemas de obtención de evidencias: se deben respetar las normas de procedimiento, no de cualquier modo.

La doctrina se continúa preguntando si corresponde hablar de prueba *científica*?

El recuerdo viene a cuento porque cuanto menos toda la doctrina nacional así se refiere a nuestro tema, pero la reciente pequeña excursión en conceptos básicos tiene su norte al solo efecto de explicar por que el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1995 concluyó que *no corresponde hablar de prueba científica sino más bien de pruebas en las que se aplican tales conocimientos de disciplinas no jurídicas, por cuanto no corresponde privilegiar algunas ciencias en relación de las restante* y de algún modo tiempo atrás acatamos tal admonición al rotular un análisis de la valoración de estas pruebas. ²⁷.

Sin embargo utilizaremos el concepto de "*prueba científica*" no solo por estar arraigado en los operadores jurídicos como el propio Congreso lo hizo al plantear el tema, sino porque desde antes dijimos ²⁸ y ahora comparte la doctrina el aserto que, con tal denominación, no se pretende desvalorizar al Derecho ni menoscabar el resultado de los diversos medios

²³Arazi, Roland, y Rojas, Jorge "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado.." Ed Rubinzal-Culzoni, Sta Fe, 2001 T. II pag 484

²⁴Midón, Marcelo S "Pericias biológicas. Enigmas que se plantean al hombre del derecho" Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2006.

²⁵Carbone, Carlos A "Derecho Procesal Penal. Conflictos Modernos" Ed. Nova Tesis, Rosario 2006

²⁶ A través del método, del conocimiento científico y la aplicación rigurosa de la Ciencia y la Tecnológica, es posible una nueva perspectiva para observar el sitio del suceso, que entrega evidencias objetivas que permiten esclarecer la transgresión, a través de la obtención de evidencias válidas procesalmente, más allá del testimonio de los testigos.

²⁷ Carbone, Carlos Alberto "La subjetividad del experto en las pruebas que aplican conocimientos científicos de disciplinas no jurídicas" El Derecho, boletín del 24.10.01 N° 10365.

²⁸ Ibidem

probatorios clásicos, como los documentos, testimonios, etc.²⁹ Las llamadas pruebas científicas deben ser consideradas una nueva forma en una Ciencia (la Biología, la Física) ayuda a otra que es el Derecho para descubrir la verdad.³⁰

Por eso aquella definición hoy nos parece un tanto presuntuosa, y solo por comodidad, seguiremos usando el término de referencia, ya que a nuestro juicio, a tal denominación cualquier operador la identifica a priori con las ciencias duras.

V. PROCESO Y PRUEBA CIENTÍFICA

Debemos recordar que los aportes de la ciencia y de la técnica no han generado un incremento en el número de pruebas, sino mejoras en sus modos de producción o progresos en el campo de la apreciación de sus resultados³¹ a fin de dar al proceso la veracidad necesaria de consuno con los descubrimientos de la ciencia, aquél debe echar mano de ellas por cuanto el rito no debe legislar necesariamente cada medio probatorio.³²

Esto justifica sin duda alguna que el puente entre ambos sea tendido por el medio probatorio de la pericia.³³

Se entiende por tal " la prueba suministrada por terceros por mandato judicial y con fundados en conocimientos *científicos*, (sic) artísticos o prácticos que poseen, y que comunican al juez las comprobaciones, opiniones o deducciones extraídas de los hechos sometidos a su examen

³⁴

También se enseña que es un medio probatorio por el cual personas ajenas a las partes que poseen conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión, perciben, verifican hechos y los ponen en conocimiento del juez y dan su opinión fundada sobre la interpretación y

²⁹ Midón Marcelo "Pruebas biológicas y cosa juzgada" en *Revista de Derecho Procesal* Ed. Rubinzal y Culzoni, Sta Fe Año 2005-1 Tomo Prueba – I pag. 263

³⁰ Bravo Luna Marta "Por que no pruebas científicas" Ponencia en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal" Santa Fe 1995 Libro de Publicaciones

³¹ Peyrano Jorge y Chiappini Julio, "Lineamientos generales de las nuevas pruebas científicas" en *Tácticas en el proceso civil* T. II pag. 73/77.-

³² Kielmanovich, Jorge "Medios de Prueba" Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1993

³³ La prueba científica por lo común se rinde por la prueba pericial: el experto de explicar los hechos, dar respuestas metódicas a datos obtenidos por la experiencia.

Las personas que realizan esa doble función: percepción y verificación por un lado y opinión o dictamen por el otro, se denominan *Peritos*.

³⁴ Palacio Lino, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. IV pag. 710, Bs. As. Carbone Carlos A. "El valor de la prueba Pericial por informes respecto de la identificación por medio de la voz" en J.A. 1-10-97 pag. 15 donde se cita la Resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, Sala V, del 17/2/97 in re "Puccio Arquímides y otros, causa N° 33.765.-"

apreciación de los mismos a fin de formar la convicción del magistrado ³⁵

VINOTASESPECIFICASDELASPRUEBASCIENTIFICAS

Creemos oportuno reformular y ampliar la ristra de elementos más notables para cualificar la prueba científica que ya hemos pergeñado, renovándola del siguiente modo.³⁶

1.Pruebasdecolaboración

Un rasgo común a todas las pericias “nuevas” es el consistente en tratarse de “pruebas de colaboración”, ³⁷ en el sentido de que sólo pueden practicarse mediante la participación como sujeto pasivo de la pericia, de alguna de las partes e inclusive de terceros respecto del proceso³⁸ En cambio, otras pericias como la caligráfica, pueden realizarse sin requerirse colaboración por parte de la persona a quien se le atribuye la autoría de un documento privado³⁹

Esta nota se da claramente en la prueba de grabaciones, sobre todo si son de escuchas telefónicas y se desconoce su contenido: habrá que hacer una pericia de voces donde es fundamental aquí la colaboración de la parte que ha desconocido la conversación atribuída⁴⁰ y por tanto se impone efectuar la pericia de la respectiva grabación, utilizando medios donde serán necesarios "otras voces" indubitadas del imputado, ⁴¹ como sucede en el cotejo de documentos escritos en la pericial caligráfica.

Compartimos con Peyrano ⁴² la conveniencia de que el codificador inserte algunas normas reguladoras de las consecuencias de la falta de “colaboración” para el buen desarrollo de esta prueba o de cualquier otra de exija tal conducta, sobre todo con motivo de la realización de las pruebas científicas. ⁴³

³⁵ Peyrano Jorge “Lecciones de Procedimiento Civil” Ed. Zeus, Rosario, 2004. Prueba Pericial..

³⁶ Carbone Carlos A “Consideraciones de las llamadas pruebas científicas” Zeus N° 8157 el 28/03/2007

³⁷ Peyrano, op cit

³⁸ Si, v.g., una de las partes no colaborara permitiendo que se le extraiga sangre, no podría concretarse una pericia hematológica.

³⁹ Por ejemplo cuando la pericia parte del cotejo de varios instrumentos indubitados suscriptos por un mismo sujeto, con el documento cuya autenticidad se discute).

⁴⁰ Si bien en materia civil la falta de apoyo para la realización de la pericia se ve acompañada como un indicio en contra de la parte como antes vimos, en materia penal hay consenso en que tal presunción puede afectar la presunción de inocencia y la violación del derecho de defensa que implicaría una especie de autoincriminación (arg. Art. 18 C.N)

⁴¹ Carbone Carlos A. " Posicionamiento judicial actual ante la identidad personal en referencia a la voz y su peritación obtenida de escuchas telefónicas " E.D 14/8/97 boletín 9315

⁴² Peyrano, J Lecciones, op cit

⁴³ Art. 196 del C.P.C.S.F. “Cuando el litigante niegue sin motivo justificado la cooperación ordenada por el juez para la realización de la prueba pericial, podrá estarse a las afirmaciones de la parte contraria sobre el punto en cuestión;...” El C.P.C.N. acepta expresamente el valor probatorio indiciario de la conducta en juicio de las partes y por esa vía

2.Necesidaddecomplementariedad

Otra singularidad común a casi todas las nuevas pruebas científicas radica en lo que se denomina “necesidad de complementariedad”. Ello significa que, las más de las veces, la eficacia probatoria de un nuevo método confirmatorio reclama la coexistencia de ciertos elementos coadyuvantes exógenos. Así, por ej., sucede con el caso de una prueba por fotografías, cuya plena eficacia probatoria no sólo está vinculada a que complementariamente testigos o algún funcionario judicial hagan fe de que la foto en cuestión fue tomada en tal lugar y que la película utilizada fue revelada de inmediato y sin dar lugar a maniobras sustitutivas, o de un procedimiento de reconocimiento por parte del justiciable frente a quien desea hacerlas valer, y todavía –en el supuesto de que fuera desconocida su autenticidad por este último- ser materia de una pericia especializada para determinar la validez probatoria de las mismas. ⁴⁴La necesidad de complementariedad se traduce, habitualmente, en cuestiones relacionadas con la autenticidad y los procedimientos probatorios subsidiarios.⁴⁵

Pero la pericia de autenticidad de la voz para determinar la identidad de una persona necesariamente debe **complementarse** con otras medidas de prueba. ⁴⁶

3.Trasmutanladiscusiónsobrelaoralidad

Bien dice Morello que es tan vasta la especificidad de la prueba científica que se advierte un retroceso en Occidente de la oralidad absoluta por una trasmutación sobre todo en cuestiones de alta complejidad a pruebas documentales y periciales informáticas y por tanto escritas, que son más idóneas y seguras para verificar hechos decisivos⁴⁷ no pudiendo quedarnos en factores garantistas, ritualistas (si legalistas) al valorar la prueba

El corazón de los procesos complejos (intereses difusos respecto de contaminación ambiental

indirecta se puede abastecer de algún modo, la necesidad del juez de respaldarse en algún texto legal para extraer “argumentos de prueba” de la falta de colaboración para que se materialice en una “prueba de colaboración”.

⁴⁴ En la práctica se suele acudir al testimonio por ejemplo de quien graba para que explicité el día y la hora en que fue grabado, o al auxilio de un escribano que crética el número de aparato telefónico del cual se grabó, el número marcado o decepcionado, hora, lugar, que la cinta utilizada era virgen, que luego de la grabación se cerró y lacro el cassette grabado, etc.

⁴⁵ Peyrano, op. cit.

⁴⁶ Se debe probar de modo adicional la interceptación de la línea telefónica y la relación del aparato telefónico con el imputado: por ejemplo que la línea “está limpia” por informes técnicos, que pertenece al requerido, y se trata de grabaciones de conversaciones en forma personal de la parte afectada, habrá que complementar la labor que en ese lugar estuvo el imputado por testimonios o filmaciones etc., que el cassette utilizado para grabar no tiene otras voces, que no está trucado, etc

⁴⁷ Morello, Augusto “Aspectos Modernos en Materia de Prueba” pag. 124 y sgtes. en Revista de Derecho privado N° 13 Ed. Rubinzal y Culzoni Sta. Fe 1997

por ejemplo) pasará – según este autor - por la eficacia que pueda aportar una prueba científica del tenor de las antes mencionadas, y por tanto, rendida por escrito y en la etapa de instrucción del proceso, más que lo que pueda obtenerse en las audiencias de la oralidad, sin perjuicio del enriquecimiento que puedan tener los sujetos del proceso de las preguntas que en dicha estación procesal puedan aportar los científicos para ampliar o ilustrarlas sobre lo dictaminado.⁴⁸

4. Interrelación del derecho procesal civil con el penal

Por último, cabe consignar como bien lo hace Peyrano que los civilistas se interesaron por los métodos probatorios científicos de avanzada que tuvieron aplicación primera en el campo del derecho criminal (ADN, grabaciones de voces, etc.) lo que provocó un saludable contacto entre lo civil y lo penal.⁴⁹ De hecho todos los tópicos que venimos marcando en esta investigación encajan en ambos procesos

Resulta de ello hoy se advierte en ambos campos que en medio de las pruebas científicas también existen algunas “cuestionables”, por implicar una suerte de avasallamiento de la dignidad personal, como el detector de mentiras o polígrafo, o la ingestión del llamado “suero de la verdad”, las grabaciones privadas⁵⁰ lo que nos lleva al siguiente a la siguiente nota.

5. Involucran la dignidad personal.

Dejando de lado las cuestiones recién señaladas, y ligado a la colaboración que referíamos más arriba, no hay dudas que la obtención de muestras corporales (semen, bellos, sangre, etc.) para efectuar el laboreo científico y su negativa por parte afectada pone al sistema procesal de cara ante un problema: si está en juego la dignidad de la persona y puede permitirse su negativa, tanto en sede civil - configurando un indicio en su contra - como en sede penal – donde se discute si puede aplicarse el mismo apercibimiento. Es elocuente la revolucionaria previsión del rito civil santafesino que toma como indicio en contra la falta de cooperación la pericia como vimos y en casos de orden público autoriza la realización pericial compulsivamente⁵¹

⁴⁸ Morello, Augusto “Dificultades de la prueba en procesos complejos” Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2004 pag. 38

⁴⁹ Peyrano, Jorge W “Lecciones de Procedimiento Civil” Ed. Zeus, Rosario 2000

⁵⁰ Peyrano, Jorge W “Lecciones de Procedimiento Civil” Ed. Zeus, Rosario 2000

⁵¹ Art. 196 del C.P.C. S.F. “Cuando el litigante niegue sin motivo justificado la cooperación ordenada por el juez para la realización de la prueba pericial, podrá estarse a las afirmaciones de la parte contraria sobre el punto en cuestión; salvo cuando se trate de asuntos que afectan el orden público, en cuyo caso podrá ordenarse compulsivamente la

El formar un cuerpo de voces para ser luego cotejada con la voz negada por el afectado, es un problema secundario ya que prestigiosa doctrina postula la afectación a la dignidad personal de las grabaciones privadas en sede civil ⁵² estado de cosas que pretendimos revertir con nuestra tesis doctoral; ⁵³ obtenidas las pruebas viene otro problema. ⁵⁴

Sostuvimos que con las extracciones corpóreas no asiste razón a la parte para negarse.- porque actúa como objeto de prueba, mientras para la realización de cuerpos de voces o de escritura, sí, porque no está solo en juego su cuerpo, sino su *alma* ⁵⁵

6Perforanlasbarrerasdelasfronteras

Todo lo expuesto sobre el puente entre ciencia y proceso, justifica sin duda alguna que el puente entre ambos sea tendido por el medio probatorio de la pericia, entendida la misma "como la prueba suministrada por terceros por mandato judicial y fundados en conocimientos científicos, artísticos o prácticos que poseen, y que comunican al juez las comprobaciones, opiniones o deducciones extraídas de los hechos sometidos a su examen" ⁵⁶

Dado la complejidad y el avanzado método de investigación, a veces no hay otro remedio que practicarla en extraña jurisdicción lo que, bien intencionadamente, otras a guisa de chicana, genera una desconfianza para el litigante vernáculo que no es nueva. ⁵⁷

Ya Mitermaier en el siglo pasado relataba que cuando el perito designado reside en territorio extranjero por esa sola razón no se le tenía crédito, lo que desterraba el clásico autor señalando que el juez obraba al designarlo dentro de los límites señalados por la ley y que la fe

realización de la prueba. Esta última medida será recurrible"

⁵² Ver por todos KIELMANOVICH, Jorge L., "Inadmisibilidad e ineficacia de la prueba de grabaciones telefónicas subrepticias en el proceso civil", La Ley, 14/07/04

⁵³ Carbone, Carlos A "Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba. Derecho constitucional de utilizar los medios de pruebas pertinentes" Ed Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 2005 pasim pag. 313 ampliado en "Grabaciones o filmaciones privadas e intervención judicial de las comunicaciones telefónicas en el proceso civil: remando contra la corriente ante el *Tabú* actual" La Ley **Sup. Procesal 2005 (octubre), 62**

⁵⁴ Se plantea cuando se requiere la colaboración para efectuar un cuerpo de voces a los efectos de peritarla para ser cotejada con la voz debitada, o cuando a falta de documentos indubitados se requiera de la parte afectada la realización de un cuerpo de escritura.

⁵⁵ En este caso no puede ser obligado a hacerlos, ni legal ni materialmente; en estos no se admite que sea tomado como indicio de cargo la negativa del imputado en el proceso penal. Carbone Carlos A. "La prueba penal ante la coerción del imputado" Ed. Nova Tesis, Rosario, 2007. Para ver la incidencia de la negativa en las víctimas, sean mayores o menores o de los terceros en el proceso penal ver Carbone Carlos Alberto "La conducta procesal del imputado frente a la defensa y prueba. La conducta de la víctima y la labor pericial" en Peyrano (Director) Acosta (Coordinador) *Valoración de la conducta procesal* Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005 pag. 396 y sgtes.

⁵⁶ Carbone Carlos "Aristas de las pruebas científicas ante el desafío de su valoración" L.L. Litoral Año 5 N ° 9 Octubre 2001 Año 5 N ° 9 Octubre T. 2001 pag. 988

⁵⁷ Este tema fue tratado en Carbone Carlos "Alcances de la prueba de identidad por la voz mediante materiales fonéticos practicada en el extranjero" JA. 1995-I-1986 y a él nos remitimos.

que se le debe al perito tiene su origen, no en su residencia sino en otra parte: se le cree por la confianza que implican sus conocimientos y su habilidad especial.⁵⁸

A tal efecto se preguntaba: "Cuando se trata de un hecho perteneciente al arte o ciencia, ¿Qué significan las barreras que dividen los Estados?"⁵⁹

Por aquella época se aconsejaba hacerle prestar un juramento especial y que era deber del juez elegir a los aptos en su rama por su ciencia y habilidad para observar el hecho racionalmente.

Pero cuando así debe procederse diversos recaudos como el juramento, aceptación de cargo ante el juez o el Cónsul, deben dejarse de lado como veremos infla, puesto que puede rendirse mediante *informes*.-

7. Se rinden mediante pericial individual o por informes

Cuando la prueba científica deba realizarse por una persona jurídica, vrg una universidad, un laboratorio, máxime si se encuentra en el extranjero como vimos, estimamos que diversos recaudos como el juramento, aceptación de cargo ante el juez o el Cónsul, no surgen necesarios como en toda prueba pericial común, porque en rigor de verdad sostenemos que la identificación de la voz o las pruebas biológicas referidas son una verdadera pericia, pero de la especialidad de la Pericial Informativa expresamente contemplada en el CPCCSF en la Sección VII de Dictamen Pericial, art. 197 y en el CPCCN en su art. 476 etiquetado de Consultas científicas o técnicas⁶⁰

Tal pericial informativa autoriza a los jueces a acudir a Universidades, Institutos Públicos o privados de carácter técnico, cuando el dictamen pericial requiere operaciones o conocimientos de alta especialización, comúnmente ajenos a los profesionales que se desempeñan en los ámbitos tribunalicios. En realidad, sostiene Morello que no se trata de una prueba de informes, sino de una verdadera pericial⁶¹

⁵⁸ Mitermaier Karl "Tratado de la prueba en materia criminal" Ed. Hammurabi Bs. As. 1993 pag. 250

⁵⁹ Puede verse y ampliar el tema en Carbone Carlos "Derecho Procesal Penal" Ed Nova Tesis, 2006 capítulo X *Prueba científica* pasim 289/359

⁶⁰ Art. 197 CPCCSF "El juez podrá de oficio o a solicitud de parte, pedir informes a las oficinas técnicas cuando lo creyera necesario" Art. 407 CPCN "A petición de parte de oficio, el juez podrá requerir opinión a universidades, academias, corporaciones, institutos, y entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico, cuando el dictamen pericial requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización.-"

⁶¹ Pensamos que ésta prueba pericial informativa fue tratada por Davis Echandía, aunque no con los alcances que suelen darle algunos autores, puesto que aquél procesalista se refería a los informes técnicos de peritos oficiales permanentes especialmente emanados de los órganos policiales, los que si eran realizados por encargo judicial tenían la misma naturaleza de la peritación ordenada por oficio y por perito libremente escogido por el juez, ámbito éste más

Lo cierto es que la moderna doctrina procesal no duda en sostener que este tipo de informes a organismos cuyo requerimiento se basa en operaciones o conocimientos de alta especialización es una verdadera prueba pericial, al punto de llamarla *pericial informativa*, con todo el valor probatorio de este medio de prueba ya que solo es una variante de ella y no de la prueba de informes ⁶²

No obstante, no puede dejar de advertirse que se trata de una prueba de **excepción** atento los fines ut supra expuestos, y por ello no encuentran aplicación las previsiones que en la regulación de la prueba pericial se contemplan respecto a la aceptación del cargo, remoción, recusación, formas de practicarse la diligencia ⁶³

La forma de rendirse es la pericia y la de incorporarse al proceso es a través de la prueba de informes. Es una pericial *sui generis*. ⁶⁴

De alguna manera el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal de Santa Fe de 1995 aceptó nuestra ponencia ⁶⁵ al concluir que "la prueba científica es adquirida mediante la prueba pericial o por la producción de consultas o asesoramientos de entidades o instituciones técnicamente especializadas"⁶⁶

8. Los científicos no se condicionan a dictaminar

El experto científico no se ve compelido *fatalmente* a dictaminar por sí no como sucede con la prueba pericial caligráfica, balística, pericial común etc. Por ejemplo el fin de la pericia de identificación de voces es determinar si se trata de la misma voz, si es diferente o bien el resultado es *inconcluso*, lo que sucede cuando el resultado de la pericia que se mide en

reducido que el que le damos nosotros -

⁶² Carbone Carlos "Alcances de la prueba de identidad por la voz mediante materiales fonéticos practicada en el extranjero" JA. 1995-I-1986

⁶³ Belluscio le niega carácter pericial porque sostiene que no es concebible una pericia colegiada. Esto lo dice porque habitualmente estos dictámenes se realizan de modo impersonal, por varios miembros de una academia o un gabinete científico. Peyrano, por el contrario, entiende que se trata de una pericia atípica, porque algunas normas de la pericia no se le aplican, por ejemplo: el perito no tiene que aceptar el cargo, no jura, no hay posibilidad de recusar, etc. Pero, entre prueba informativa y prueba pericial, no hay duda de que es prueba pericial. Esto es importante porque, siendo así, se trata de prueba insoslayable que debe ser valorada necesariamente. Esta clasificación no es ociosa. Es importante saber que es pericia y no es informe.

⁶⁴ Las periciales informativas son para casos de excepción, de alta especialización o de alta complejidad tecnológica. De lo contrario, las universidades, academias y los gabinetes policiales estarían atiborrados de pericias porque son gratuitas, son de máximo prestigio; obviamente todos acudirían a ellas. Es una prueba subsidiaria que no puede suplir a la pericial lisa y llana. Esto lo dice claramente el CPN y no tan claramente nuestro Código

⁶⁵ Carbone Carlos A "Análisis de los métodos de identificación o eliminación por la voz como prueba científica rendida mediante la pericial informativa" XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, Junio de 1995) Libro de Ponencias, pag. 422 Ed. Secretaría de Post Grado Fac. de Ciencias Jurídicas de U.N.L., Sta. Fe, Mayo 1995)

⁶⁶ Conclusión N° 3 de la comisión de Derecho Procesal Civil. Tema Pruebas científicas. en Quiroz Fernández, Juan Carlos "Congresos Nacionales de Derecho Procesal" ed. Rubinzal y Culzoni, Sta. Fe 1999 pag. 268

porcentajes como veremos es entre un 46% a 52% que se trate la voz peritaza en razón a la indubitada. Ello sucede por muchos factores referidos a la poca cantidad de palabras, lugar de obtención, etc.

9 Informan su dictamen mediante baremos de probabilidad estadística

Al dictaminarse algunas pruebas científicas, por ejemplo en el análisis de las pericias de identificación de la voz o de ADN; los expertos trabajan en los baremos de probabilidad estadística: es la razón entre el número de casos positivos (confirmados) y el número de casos que se han computado (que no es la totalidad, sino un muestreo) ⁶⁷; la estadística es a su vez ciencia auxiliar de otras profesiones como las científicas; contrariamente a otro tipo de pericias; pero lo cierto es que en otros campos se usa *larvadamente* tal cálculo: así verificar una impresión digital latente y concluir que presenta por ejemplo diez puntos de similaridad con una impresión tomada de archivo y concluir por tanto que pertenecen a la misma persona, equivale científicamente a concluir en un altísimo grado de probabilidad, aunque no se explicita sino que se rinda en términos de certeza como se desprende de determinadas afirmaciones periciales.

Es que como bien señala Taruffo – aprobando personalmente nuestro criterio ⁶⁸ el tema de la probabilidad cuantitativa es indispensable a la hora de valorar cualquier prueba ⁶⁹

Por eso, con tal marco referencial el análisis de la identificación de la voz en cuanto a sus resultados es un *cálculo de probabilidades* dentro de los problemas estadísticos.-⁷⁰

Estas determinaciones al igual que las pruebas biológicas, se formularon a través de experimentación calculándose las probabilidades acumulativas de los resultados experimentales.⁷¹ Tales resultados pueden resumirse como sigue: misma voz: del 52% al 99%; inconclusivo: 46% a 52%; diferente voz: 46% a 2,5%

⁶⁷ Quiroz Fernández, Juan Carlos “La prueba por proyección de la información” Revista de Derecho Procesal *Prueba T. 2 N° 2005* – 2 Ed Rubinzal Culzoni, pag. 351 y 358

⁶⁸ Carbone Carlos A “La prueba científica: notas esenciales y los problemas de su vinculación a la decisión judicial” Exposición en las Segundas Jornadas de Profesores de Derecho Procesal, La Plata, 29 y 30 de Setiembre de 2006 en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal* Director Juan Pedro Colerio, Síntesis de Leonardo Villegas Ed. Asociación Argentina de Derecho Procesal, Año 1 N° 1 pag. 41

⁶⁹ Taruffo Michele. Università di Pavia (Italia) “Probabilidad y prueba judicial”

⁷⁰ El método en cuestión fue desarrollado a través de experimentación científica en laboratorios universitarios, a diferencia de la costumbre en los restantes métodos identificatorios ut supra aludidos desarrollados a través de prácticas de muchos años sin involucrar experimentación científica, pero que en definitiva utilizan solo implícitamente tales probabilidades, sin mencionarlas explícitamente (Carbone, Carlos A “Derecho Procesal Penal. Conflictos Modernos” Ed Nova Tesis Rosario, 2006, pasim 315

⁷¹ En el caso de las voces fueron realizadas en el lapso de cinco años que incluyeron 1000 análisis de voces utilizando muestras de habla conocida con quince examinadores entrenados para evaluar similitudes de las mismas y comparadas.

De idéntico modo la prueba de ADN trabajo con tal cálculo de probabilidades y se confeccionan tablas de frecuencias de inclusión o exclusión de la identidad.-

Este cálculo de probabilidad cuantitativa observado en los dictámenes científicos es un límite a la *certeza* de la que puede dar cuenta cualquier perito.

A su vez es cálculos de probabilidades es indicativo del margen de error que puede tener la prueba científica, que condiciona la validez de toda información científica para ser tenida en cuenta como verdadera.

10. Deben ser practicadas por expertos y no siempre por peritos

Se ha definido al científico auxiliar del juez como hombre que por definición es un *expertus*, es decir, experimentado⁷²

Debemos aclarar que perito no equivale a *experto*: por sobre todas las cosas éste último goza de la experiencia, que surge del aprendizaje pero fundamentalmente de la practica y el ensayo que no siempre la puede acreditar el perito, máxime, si es un joven profesional recién recibido o con muchos años pero con poca o nula actividad profesional pero inscripto en las listas de peritos de los Tribunales y se *convierte* en perito, auxiliar del juez por el solo hecho de haber sido sorteado para un caso concreto!⁷³

La diferencia es esencial al punto que Peyrano define a la prueba científica precisamente como una pericia calificada por la *idoneidad del experto* que la practica ⁷⁴ lo que se conecta con la siguiente nota.

11. Se puede impedir el reemplazo del experto

Sabido es que una característica de la prueba pericial a diferencia de la prueba testimonial, es la posibilidad de siempre poder reemplazarlos unos con otros. Pero hay en la materia científica, cuando es muy nuevo el método, o anidan en el mismo pocos expertos, una imposibilidad práctica de sustituirlo cuanto se trata de una persona que se ha constituido en la única *eminencia viviente* de una materia científica.⁷⁵

12. Causan perplejidad en los operadores jurídicos

⁷² Locard, Edmund "L'Affaire Dreyfus" Rev. Inter. De Criminalistique, París 1937 pag. 81

⁷³ En Usa se acostumbra a valorar la idoneidad del experto a través de su currículo donde se asientan los casos en que intervino, y es más, cuántos dictámenes fueron acogidos por el veredicto del jurado.

⁷⁴ Peyrano, Jorge W "Sobre la prueba científica" La Ley 03/05/ 2007

⁷⁵ Roxin, Claus "Derecho Procesal Penal" Ed. Del Puerto, Bs. As. 2001 pag. 240

Los avances científicos como la informática, la cibernética, la evidencia electrónica, la prueba digital, muchas veces ocultan quien está detrás del producto determinado ⁷⁶

El surgimiento, la proliferación y extensión del progreso científico experimenta en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información, la comunicación, la biología, no totalmente omitidos por la mayoría de los ordenamientos jurídicos locales y extranjeros, se convertido en verdaderos *viveros de fuentes de pruebas* irrumpiendo en forma inesperada en el derecho apegado a edificios sobre todo procesales del siglo pasado sobre los cuales se cernía el temor o la desconfianza hacia lo ignoto, perdurando en la actualidad la consideración procesal de los mismos como problema o escollo a superar más que como oportunidad para avanzar en el esclarecimiento procesal de los hechos ⁷⁷ Desde este lugar y desde la otra verdad Denti refiere que la dificultad de acceder a la comprensión de los ⁷⁸ aunque que admitimos que el avance de este siglo se encarga de ir disipando dichos recelos.

13.Fulminanlaeficiadeotrosmétodosypuebastradicionales

En materia de identificación por la voz, ya Davis de Echandía advertía que la simple comparación de voces por apreciación auditiva nada demuestra ante las particularidades de la voz, señalando los avances del espectrógrafo, incluso veía estos con recelo que hoy se han disipado ⁷⁹ al punto ya aludía a este método la inefable historieta de Dic Tracy en década del 20 del siglo pasado!⁸⁰ Si bien un reconocimiento en rueda de personas por la voz es complementaria de la pericia, hoy ésta le da mayor enjundia a su resultado. La jurisprudencia ha resaltado que la *exceptio plurium concubentium* perdió la relevancia de otras épocas en atención a la certeza proporcionada por las pruebas biológicas ⁸¹; el análisis del grupo sanguíneo y factor que solo servía para descartar la compatibilidad, ha sido prácticamente desalojado de los juicios de filiación por la prueba de compatibilidad inmunogenética.

14Acotanladiscrecionalidadjudicialpararechazarsuofrecimiento

⁷⁶ Es este N.N. quien escribe en laboratorios de investigación la nueva ley que con tácita autoridad prórroga todas las jurisdicciones, es más sigue nuestra vida como si estuviera un sistema *on line* Sanchís Crespo " El documento informático" Ed Tiran Lo Blanch, Valencia, 2002 pag. 46

⁷⁷ Ormazabal Sánchez, Guillermo "La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivos y conocer datos" Ed. La Ley Madrid, 2000 pags. 165/6

⁷⁸ Denti, Vittorio, "Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador", en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana (año 1972),

⁷⁹ Devis Echandía, op cit T. II pag. 280

⁸⁰ Carbone Carlos "Derecho Procesal Penal" op cit pag. 312

⁸¹ Cam Nac Civ Sala I 31-5-95 JA 29/11/95

Nos parece oportuno profundizar este tema del que dimos alguna precisión.⁸² Como veremos infla, a veces los jueces tienen conceptos y conocimientos técnicos adquiridos por las máximas de experiencia, ya que no exigen un profundo método de laboratorio con alta especialización de los peritos.⁸³

En puridad de verdad, debemos decir que si el juez tiene las máximas de experiencia no necesita que en el proceso se practique prueba de peritos, lo que es de suma importancia a la hora de fijar un régimen distinto en orden a la admisión y práctica de esta prueba; sosteniendo algunos que el juez deberá tener plenas facultades para no admitir la práctica de la prueba de peritos solicitadas por las partes.⁸⁴ Pero este discurrir que es posible en las pericias donde se necesiten conocimientos técnicos, no parece darse en las pericias que requieran conocimientos científicos.

La norma del artículo 477 del C.P.C.N. distingue nítidamente ambos cometidos, ergo es útil barruntar estas conclusiones basadas en la diferencia de ambos conocimientos por sus distintos principios.

Todo lo dicho sobre la categorización de la prueba científica adquiere su dimensión a la hora de no probabilizar supuestos en que el juez pueda desechar la práctica de una pericial científica como sí lo podría hacer respecto de una técnica.

-

15 Recortane el nivel de decisión judicial para apartarse del dictamen científico

Se ha advertido desde la doctrina que muchas pruebas científicas se transforman prácticamente en *pruebas legales*, según el estado del avance de la ciencia⁸⁵ enfocándose el problema central a una cuestión con mucha trascendencia práctica dada en el cómo *controlar* estas pruebas científicas para asegurar en todo caso la reserva del poder de decisión del juez

⁸² Carbone Carlos A "El Juez ante la prueba científica" boletín Zeus N° 8188 el 16/05/2007
Fecha: martes, 15 de mayo de 2007

⁸³ Entonces, si los tiene el juez puede aportarlos, porque en rigor no se está inmiscuyendo en los hechos que son objeto de debate, sino en la valoración de los mismos.

⁸⁴ Cortés Domínguez, Valentín; Gimeno Sendra, Vicente; Moreno Catena, Víctor: «Derecho Procesal Civil», 2ª Ed. Madrid 1997, Ed. C., pág. 277. En este sentido, la norma del art. 186 del C.P.C.S.F. refiere que «el dictamen pericial será decretado cuando cualquiera de las partes lo solicitare o el juez lo creyera necesario».

⁸⁵ Falcón, Enrique "Tratado de la prueba" Ed Astrea, Bs. As. 2003 T. II pag. 96

⁸⁶ para postular lisa y llanamente que tales pruebas nunca pueden implicar un menoscabo de los poderes jurisdiccionales de decisión, ya que si se hiciera, aún tratándose de estas pruebas, se desnaturalizaría la garantía del debido proceso ⁸⁷

16 Pueden alterar los límites de la cosa juzgada

Hemos señalado ⁸⁸ que el cambio de métodos científicos y las innovaciones de la ciencia pueden detectar o comprobar el error en la sentencia como el caso de la descendencia por prueba de sangre como ocurrió hace algunos años en Alemania. No lo hicimos en solitario, sino con la doctrina nacional postula lo que sostenemos, revisar un el proceso de filiación rechazada en la que no se contaba con el método de ADN, argumentando la posibilidad de que ahora con tal método podría acreditarse el vínculo antes reclamado sin éxito; ⁸⁹ frente a los nuevos avances de la biología para determinar con certeza la filiación de una persona es posible revisar las sentencias que se fundaron en conclusiones que luego son consideradas erróneas; ⁹⁰ incluso proyectando esos nuevos métodos a la cosa juzgada penal donde se debate nada más y nada menos que la culpabilidad o inocencia del imputado ⁹¹

Arazi – respecto del Código Modelo de Procesos Colectivos ⁹² – y Peyrano ⁹³ con relación al Artículo 33 de la Ley General del Ambiente 25.675 ⁹⁴ parecieran proyectar como apoyo legal análogo a la revisión referida ante el auge de la nueva prueba científica.- ⁹⁵

En otro orden, la prueba de grabaciones de conversaciones entre presentes ha servido como

⁸⁶ Morello, Augusto "Dificultades de la prueba en procesos complejos" Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2004 pag. 38

⁸⁷ Berizonce Roberto "Control judicial de la prueba científica" *Revista de Derecho Procesal* Ed Rubinzal Culzoni, N° 2005 – 2 Prueba T. II pag. 167

⁸⁸ Carbone Carlos "Impugnación de la sentencia firme en el proceso civil, concursal, laboral, administrativo internacional" (Síntesis de la ponencia presentada en carácter de Director Ejecutivo anual en la Jornada Inaugural del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, 2003) en *La impugnación de la sentencia firme* (Peyrano, Director – Carbone, Coordinador) Ed Rubinzal Culzoni Sta. Fe 2006 T.I pag. 89

⁸⁹ Hitters, "Revisión de la cosa Juzgada" Ed. Platense, La Plata, 2da. Ed 2001 pag. 141; Zarazaga Luis y Rennella Héctor "Revisión de la cosa Juzgada por circunstancias extrínsecas al proceso" Ponencia en CD del Congreso Nacional de Derecho Procesal de San Martín de los Andes, 1999 pag. 12

⁹⁰ Arazi, Roland "La prueba en el juicio de filiación" pag. 320 *Revista de Derecho Procesal* Ed Rubinzal Culzoni, N° 2005 – 2 Prueba T. II pag 320

⁹¹ Midón Marcelo "Pruebas biológicas y cosa juzgada" *Revista de Derecho Procesal* Ed Rubinzal Culzoni, N° 2005 – 1 Prueba T. I pag 274 y sgtes. .

⁹² Arazi, Roland "La prueba en el juicio de filiación" *Revista de Derecho Procesal* Ed Rubinzal Culzoni, N° 2005 – 2 Prueba T. II pag 320

⁹³ Peyrano, Jorge "Sobre la prueba científica" en La Ley 03/05/ 2007

⁹⁴ Artículo 33 de la Ley General del Ambiente 25.675: "La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efectos *erga omnes*, excepción de que la acción sea *rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias*"

⁹⁵ El asunto es tan apasionante que configure uno de los subtemas seleccionados para el debate de la prueba científica en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal (Noviembre de 2007 en la ciudad de Mar del Plata.

prueba esencial para revocar una sentencia penal con efecto de cosa juzgada material mediante el recurso de revisión según lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe

96

IX VALORACIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA.

1. Estado de derecho y valoración de la prueba

Cómo estas pruebas científicas se arriman al proceso a través del medio de prueba tradicional que es la pericia, recordamos que los códigos procesales, consagran invariablemente que el dictamen pericial no obliga al juez. Así el art. 199 del CPCSF: "El juez no estará obligado a seguir el dictamen pericial y deberá apreciar el mérito de la prueba según su criterio". La última frase de la norma no debe interpretarse como la consagración del principio de valoración de la libre convicción, sino que del propio texto se infiere que su criterio valorativo debe estar enmarcado en las pautas de la sana crítica racional.

Pero tampoco podrá negar el juez categóricamente el valor de una prueba por ejemplo biológica; el avance científico frente a lo jurídico hace replantear los resultados probatorios de los exértps ya que relativizan en muchos casos las facultades del juez para apartarse de sus resultados, por el carácter complejo y científico que revisten. Resulta entonces una mutua colaboración de jueces y científicos para el intercambio recíproco de ambas disciplinas.⁹⁷

¿Cómo puede hacer un juez para desacreditar una pericia de ADN que concluye con hay el 99% de probabilidades que el semen peritado en el lecho de la víctima de violación pertenece al imputado? O que en tal porcentaje puede ser padre del actor que reclama tal estado?

¿Cómo puede hacer un juez para desacreditar una pericia de identificación de voces que concluye con hay el 99% de probabilidades que la voz indubitada pertenece al demandado o al imputado? O como hace un tribunal para descalificar una junta médica psiquiátrica de la

⁹⁶ In re "Polidoro de Muzzi, Mirta s/ homicidio Calificado" Rec. Revisión CSJSF expte. 9-84, 28/11/84. En el caso, surgen elementos de juicio más que suficientes para aceptar, razonable y prudentemente, un justificado estado de duda sobre la cuestionada autoría del ilícito por parte de la condenada, sin perjuicio del eventual grado de co-participación que ella pudo haber tenido en el hecho (ellas, son dos cartas enviadas por el esposo de la condenada, y el contenido de los registros magnetofónicos documentados en cassettes grabados en sendas entrevistas mantenidas en el Instituto de Recuperación de Mujeres (Unidad de detención N° 5 de Rosario, grabaciones efectuadas con conocimiento del juez de instrucción en turno que era el de Instrucción N° 4 de Rosario ante quien la mujer condenada había hecho la denuncia), de las que puede deducirse que aquél y no la condenada, sería el autor del crimen.

⁹⁷ Krasnow de Pitasny, Adriana "Pruebas biológicas y filiación" Ed. UNR, Rosario, 1996 pag. 101

Facultad de Medicina, que apoyada en estudios neurológicos informan sobre trastornos paranoides de la personalidad?

Tratándose de este tipo de pruebas, parecería que no dejan otra salida al juez que aceptar los postulados de los expertos, sea a través de la prueba pericial "clásica" o de la prueba pericial por informes. Esto es muy importante porque como es sabido todo el ámbito de la valoración de la prueba es propio de las instancias ordinarias y si bien se ha consagrado el imperativo que los jueces si bien no están obligados a valorar toda la prueba, sino solo aquella que deviene conducente en apoyo de su juicio crítico, tal discrecionalidad no puede utilizarse cuando se trata de una prueba *esencial* so pena de arbitrariedad; si en términos de la Corte Suprema la prueba pericial lo es ⁹⁸, máxime la científica.

Entonces una prueba científica rendida a través de la prueba pericial plantea el problema de la vinculación para el juzgador que se califica teniendo en cuenta la relación entre el derecho y la ciencia influye también en el proceso al punto de integrar los pilares del **debido proceso** ⁹⁹.

Es tal la trascendencia de la valoración de la prueba científica y su posibilidad de apartamiento judicial, que repercute en el propio **estado de derecho** según la doctrina especializada norteamericana ¹⁰⁰ generando un nuevo y verdadero dilema procesal. Es que el debido proceso constitucional exige el derecho fundamental a ofrecer y practicar los medios de pruebas pertinentes. ¹⁰¹ Incluye el derecho a obtener una correcta valoración de la prueba practicada ¹⁰² ya que este extremo es pilar de la debida fundamentación de la sentencia, ¹⁰³ y permite el control democrático. ¹⁰⁴

⁹⁸ Peyrano Jorge "Lecciones de Procedimiento Civil" Ed. Zeus, Rosario, 2004. Prueba Pericial..

⁹⁹ Picó I Junoy, Joan "Las garantías constitucionales del proceso" Ed. Bosch, Barcelona, 1997 pag. 143 y sgtes.

¹⁰⁰ Apple, James G. (Presidente de la Internacional Judicial Academy, USA) "Evaluando la evidencia científica" citando y desarrollando bibliografía que lleva ese mismo título e su conferencia en el Ciclo de Coloquios *Buscando el acercamiento de los jueces a las ciencias*" Auditorio Fundación Osde, Bs. As. 12/06/07

¹⁰¹ Carbone, Carlos A "Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba. *Derecho constitucional de utilizar los medios de pruebas pertinentes*" Ed Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 2005

¹⁰² Sanchos Crespo, Carolina "La prueba por soportes informáticos" Ed Tirant lo Blanch, Valencia 1999 pasim 27/41pag. 18

¹⁰³ Carciandia González, P. M. "La peritación como medio de prueba en el proceso civil español" Ed., Aranzadi, Pamplona 1999, pag. 65

¹⁰⁴ Al punto que el ejercicio del poder jurisdiccional a través de sus sentencias debe legitimarse mediante una motivación susceptible de ser comprendida y valorada críticamente por la ciudadanía que ejerce el control democrático sobre aquél precisamente conociendo la razón que justifican una decisión judicial. Tarruffo, Michelle "La prova" Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Roma, 1990 pag. 399. "El vértice ambiguo. Saggi sulla casaciones civile" Bolonia, 1991 pag 126 211

2 Apartamiento del dictamen en la pericial común

Si bien venimos diciendo que cualquier prueba pericial no obliga al juez, cuando se trata de un *saber* científico que el juez *no sabe* y por eso acudió a la prueba pericial, si se apartara del dictamen lo debe de fundar¹⁰⁵, por ejemplo: diciendo que contradice máximas de experiencia, que está reñida con los principios lógicos o que hay otras pruebas que sumadas y combinadas lo convencen más, pero a la prueba pericial tiene que valorarla necesariamente.¹⁰⁶

Debemos destacar que la prueba pericial común tiene una diferencia con la científica muchas veces no observada por los operadores jurídicos, dado por la situación más común por la cual los conocimientos que aporta el perito los puede aportar directamente el juez si es que los tiene, lo que adquiere relevancia en casos de accidentes viales.¹⁰⁷

En pruebas periciales médicas, la práctica judicial ilustra a diario como los jueces se apartan válidamente respecto de los porcentajes de incapacidad calculados por estos peritos, de las conclusiones de contadores en materia de cálculos matemáticos laborales, etc.

Estos procederes pueden tener lugar porque dichos conceptos técnicos, pueden y de hecho son adquiridos por las máximas de la experiencia del juez ya que no exigen un profundo método de laboratorio con alta especialización de los peritos.

Entonces, si los tiene el juez, los puede aportar porque en rigor no se está inmiscuyendo en los hechos que son objeto de debate, sino en la valoración de los mismos.¹⁰⁸

3 Apartamiento del dictamen del perito científica o “del juez de toga blanca”.

No hay duda que la prueba pericial científica acota notablemente el campo de desvinculación judicial de lo dictaminado¹⁰⁹ Morello refiere con elocuencia que asistimos hoy a un retorno de

¹⁰⁵ Ellero, P “De la certidumbre de las prueba en los juicios..” 3 ° Ed. Reus, Madrid 1944 pag. 165

¹⁰⁶ Peyrano, ibiden

¹⁰⁷ Así por ejemplo el juez muchas veces traerá a la causa conocimientos técnicos que están en la cultura del pueblo (por ejemplo si un anciano fue arrollado al cruzar la calzada, y un testigo afirma que la cruzó lentamente - este es un juicio particular- nadie puede negar que el juez valore la forma de caminar lenta de las personas mayores si el perito no lo hizo o lo hizo mal, porque tal juicio es una máxima de experiencia dado que es un juicio lógico general, obtenido de la experiencia y que tiene validez general). También su experiencia en estas lides lo pondrá en situación de analizar la velocidad conforme otras pruebas rendidas: largo de frenada, forma y daños en el vehículo impactado, etc.

¹⁰⁸ En puridad de verdad, debemos decir que si el juez tiene las máximas de experiencia, no necesita que en el proceso se practique prueba de peritos, cuyo fin es precisamente aportar esas máximas de experiencia, lo que es de suma importancia a la hora de fijar un régimen distinto en orden a la admisión y práctica de esta prueba científica, sosteniendo algunos que el juez deberá tener plenas facultades para no admitir la práctica de la prueba de peritos solicitadas por las partes.-

¹⁰⁹ Al punto de constatar, por ejemplo, que los nexos causales se presentan sucesivamente más complejos disminuyendo así la capacidad judicial de comprenderlos Por otro lado la prueba científica en materia de mala praxis puede desechar el nexo de causalidad y el juez merituar lo contrario en base a otras pruebas.

otro modo a *islotes de pruebas legales* o definitivas, casi de valor absoluto ¹¹⁰ como la pericia de identidad de los grupos sanguíneos o de voces. De consuno, Denti refiere que los nuevos avances científicos pueden avasallar la función del juez a favor del científico que interactúa mediante la pericia y generar una suerte de totalitarismo procesal posmoderno ¹¹¹

Este fenómeno hace que cierta doctrina alemana dude cada vez más si estos científicos periciales son todavía *auxiliares* del juez o si bien la trama pericial sustituye a la convicción judicial.¹¹² Nosotros preferimos llamarlos *jueces de toga blanca* en gráfica alusión ya que tradicionalmente se los identifica a los jueces vistiendo toga negra, y a los científicos guardapolvos blancos, típica indumentaria usada en sus laboratorios. Demostraremos sin embargo que nunca el experto en las ciencias duras sustituirá al juez, sino que aquél será siempre *un auxiliar* porque le es útil, lo apoya en su actividad de formar su convicción a través de los conocimientos científicos; él los valora conforme la sana crítica, incluso si se presentan dudas después del dictamen. Apoyamos a quienes se alzan frente a aquellas concepciones y postulan que el perito no debe ser un autómatas del científico, para que este – en nuestra imagen – no se convierta en *juez de toga blanca*, oponiéndose un juicio de filiación se convierta en un juicio de peritos;¹¹³ el juez debe aclarar las cuestiones científicas cuestionadas; es arbitraria una sentencia que acepta ciegamente el resultado de un dictamen científico sin haberlo controlado de modo que los fundamentos de la sentencia reflejen que el magistrado apreció la prueba por su propia cuenta.

El primer problema para el juez es analizar la eficacia de un método científico nuevo, o poco conocido. El proemio elegido citando la célebre frase de Freud es un angustioso faro que documenta esa ansiedad que genera el hallazgo de una *nueva* ciencia o un nuevo método. Hoy más que nunca estamos convencidos de la eficacia en el proceso barruntada por la científicidad del método y sus procedimientos; para valorar ese dictamen no puede el

¹¹⁰ Morillo, Augusto "Aspectos modernos en Materia de prueba" op cit pag. 124 y sgtes.

¹¹¹ Denti, Vittorio, "Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador" op cit.

¹¹² Ver Fezer, Geerds, Weigend que refieren al fenómeno como "juez de *ropa blanca*" citados por Schlüchter, Ellen "Derecho Procesal Penal" 2da. Ed. Reelaborada, traducción de Iñaki Esparza Leibar y Andrea Plancadell Gargallo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pag. 135 notas 769/71

¹¹³ La cuestión va más allá de la ciencia médica-bioquímica: afectos y sentimientos se involucran y debe respetarlos la norma (Krasnow op cit pag. 101

magistrado desligarse de los estándares científicos como enseña el máximo tribunal alemán.¹¹⁴

Traemos a cuento criterios de valoración pergeñado en el ámbito procesal norteamericano.

Pero adelantamos ante posibles confusiones que se deben distinguir los criterios que apuntan a validar una **ciencia** determinada en el proceso, mientras que otros, se refieren a un **método** determinado.

En el caso *Daubert* muy citado por la doctrina¹¹⁵ se fijan las pautas por la Suprema Corte de los EE.UU para validar la ciencia, - a saber: consenso general de la comunidad científica respectiva, empíricamente verificable, conocimiento del margen de error, conocimiento verificable por parte de un consejo, publicación en revistas especializadas con referato.¹¹⁶

En cuanto a los nuevos métodos de identificación, como la comparación de voces rigen en USA¹¹⁷ las llamadas "Basis for the Federal Rules of Evidence" (Bases para las reglas Federales de Evidencia). Las mismas norman respecto de la aceptación de pruebas científicas y en el caso "Mc. Cormick on Evidence" (1979) se aclara que el concepto de **aceptación general de la comunidad interesada** reiteradamente exigido por la jurisprudencia, incluida la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Daubert* de 1993 - es una adecuada condición para tomar observaciones judiciales de hechos científicos, pero para dar validez a una ciencia; pero **no un criterio para la admisión** de evidencia o prueba científica. en cuanto al conocimiento específico tratado exigido cuando se hace valer un método determinado. Y se agrega que cualquier conclusión relevante que sea sostenida por el testimonio de un perito idóneo debe ser recibido a menos que haya otras razones de exclusión".¹¹⁸

¹¹⁴ BGH, Str V 93 pag. 234

¹¹⁵ Taruffo, Michele, "Significado de la expresión *cientificidad de la prueba*" citado por Berizonce Roberto "Control judicial de la prueba científica" *Revista de Derecho Procesal* Ed Rubinza Culzoni, N° 2005 – 2 Prueba T. II pag. 163

¹¹⁶ Reiteramos que a nuestro juicio, no necesariamente deben emplearse estas pautas para no admitir como prueba un determinado método de científico.

¹¹⁷ País donde más se ha desarrollado la investigación de las voces - al igual que otros métodos de investigación de la identidad -

¹¹⁸ Esto es coherente con las principales decisiones en la materia y se pueden citar entre otros - la nómina es meramente ejemplificativa - los casos de la Corte Federal de Apelaciones: "U.S.v. Addison" de 1974, " U.S. v. Frank" del 2/12/75," U.S v. Smith" de 1989," U.S. v. Maivia" 1990, en los que si bien se acuerda que el espectrógrafo para peritar voces grabadas no está especialmente previsto como medio de admisión, - como sucede en casi todos los sistemas de rito sobre diversos medios de prueba modernos - se confirmó el valor de alta convicción que contenía las conclusiones del perito entre otros fallos: Addison", District Court of Appeals, 498 F 2 741, 743-744, 15 CrI 2248; "Frank" Court of Appeals for 6th Circuit, 511 F 2d 25, 16 CrI 2499;" U.S. v Baller" Court of Appeals for the 4 th Circuit 519 F 2d 463, 17 CrI 2359, 7/9/75; "U.S. V. Mcdaniel" District Court of Appeals 538 F2d 408, 19 CrI 2234, 1976; "U.S. v Brown", District Court of appeals, 557 F 2d 541, 21 CrI 2356, 1978; "Smith", 869 F2d 348, 353n.9 (7th Circ.);" Maivia" cited as 728 F. Supp 1471 (Dist. Hawaii)

En verdad como dice Peyrano, el progreso de la ciencia no garantiza precisamente la obtención de la verdad sin errores y no hay otra forma de aceptar los métodos de investigación como correctos, sólo porque son aceptados por la generalidad de los estudiosos en un determinado momento histórico: en un momento sucesivo, pueden ser considerados erróneos."¹¹⁹

Pero la regla de la contingencia del saber humano, nunca más relativo que ésta época post moderna, no nos deja otro camino: serán válidos los nuevos métodos hasta tanto se los modifique y se los mantenga consensuados ¹²⁰

En cualquier caso, hay que tomar en consideración que la fiabilidad de su resultado depende de una serie de factores tales como la corrección del análisis, la aplicación de métodos experimentales adecuados y la consideración de la población de referencia, factores que en el caso concreto pueden no estar presentes y, por tanto, deben verificarse para establecer si el resultado del test puede considerarse altamente probable Sin embargo, si se presentan tales condiciones de validez no existen razones para dudar del altísimo —y casi incontestable— grado de credibilidad de la prueba de ADN. ¹²¹

Es cierto que el juez está obligado a valorar todas las pruebas, pero parece difícil imaginar que el valor probatorio del test genético pueda ser superado por pruebas ordinarias tales como declaraciones testificales, presunciones o documentos.¹²²

Pero siempre el juez y el científico, no deben laborar en solitario, vgr si se trata de la Medicina esta deberá asociarse al derecho por cuanto separadas mostraran recíprocamente sus carencias y solo el enfoque interdisciplinario permite avanzar responsablemente ¹²³

4 Instrucciones para el juez

Como vimos las nuevas tendencias jurisprudenciales establecen la relación del dictamen pericial común o técnico con el pensamiento del juez: si bien son inaceptables la prueba tasada

¹¹⁹ Peyrano Jorge y Chiappini, Julio "Lineamientos generales de las nuevas pruebas cinéticas" en *Tácticas en el Proceso T. II* pag. 73/77 Ed. Panamericana.

¹²⁰ Wagner y Abalé, «Análisis de los límites a la libre valoración de las pruebas científicas». Ponencia en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal Santa Fe 1995 », pág. 442

¹²¹ En otros términos, esta prueba se presenta como capaz de atribuir un altísimo grado de probabilidad al hecho y, por tanto, como capaz de de terminar unívocamente la decisión del juez. (Taruffo, *op. cit.*, nota 27, pp. 225 y ss)

¹²²*TARUF FO, Michele " La prueba científica en el proceso civil" Traducción de Mer ce des Fernández López y Daniel González Lagier pag. 172 y sgtes

¹²³ CSJN en JA T. 2001-II pag. 356 y T. 2002- III pag. 638

y la íntima convicción, imperando hoy las reglas de la sana crítica, lo que hace el juez no esté atado al dictamen.

Estas modernas líneas periciales si bien no se apartan de la máxima establecen una especial cautela patente en materia científica: para poder apartarse de las conclusiones del experto, debe dar fundadas razones; no puede contraponer lo puramente empírico a lo científico.¹²⁴

5. Irradiación de la pauta de la ley 23.511

Las pruebas periciales científicas, por su carácter de tales, hacen que las reglas de la sana crítica racional pueden resultar insuficientes para destruir su valor

Por eso, a partir del art. 253 del Código Civil modificado por la ley 23.264 - carta de ciudadanía de la prueba científica - admitiendo expresamente la prueba biológica en materia de filiación, es útil tener en cuenta el art. 4 de la ley 23.511 que establece una valiosa pauta de valoración en materia de filiación, con explícita injerencia en las pruebas biológicas, pero a nuestro juicio se proyecta al resto de las pruebas científicas: tendrá en cuenta el juez la experiencia y enseñanzas científicas en la materia"

Cuando el peritaje científico aparece fundado en principios técnicos inobjetables, y no existe otra prueba de parejo tenor que lo desvirtúe, precisamente, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos de mayor peso, aceptar las conclusiones de aquél.

6. Los modelos del art. 477 del CPCN

Creemos que sobre todo en materia de pruebas científicas se impone pautar la vinculación judicial y pericial en base al art. 477 del CPCN que establece las pautas de la fuerza probatoria del mismo y las pautas que tendrá en cuenta el juez: a) la competencia del perito b) los principios científicos o técnicos en que se funda c) la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica d) las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados e) los demás elementos de convicción que la causa ofrezca.

La norma no hace nada más que consagrar el reclamo de la doctrina para que no ordene al juez que acepte ciegamente los postulados del perito, sea que lo convenzan sean que le

¹²⁴ En este ámbito de valoración del procedimiento científico *el juicio del juez* viene dado por terceras personas. Si bien tal característica se da en otro tipo de pruebas como la testimonial (el testigo de alguna manera está haciendo un juicio de cómo ocurrieron los hechos) en el caso de estas periciales calificadas por la idoneidad del experto (nota subjetiva) y el método empleado (nota objetiva) que tienen que estar unidos en el marco del conocimiento de alguna ciencia ajena al derecho (biología, física, informática) se acota el ámbito de interpretación.

parezcan absurdas o dudosas porque sino aquél se convertiría en el juez de la causa cuando es un auxiliar de éste.

7. Supuestos que podrían justificar el apartamiento de la prueba científica.

Aún cuando se trate de pruebas tan específicas y científicas como las de ADN o de voces, sobre todo en la segunda cuando existe poca jurisprudencia en cuanto a su valor probatorio, no le impide al magistrado tomar su propia convicción.

El tema es crucial para preguntarse ¿Qué argumentos permiten que una prueba científica cuya necesidad surge no solo de la carencia de determinados conocimientos especializados por parte del juez, sino también de la comunidad profesional respectiva, sea valorada de modo distinto? Sostenemos que esta posibilidad es esencial ya que contrariamente sería imposible valorar en un mismo proceso dictámenes contradictorios en sus resultados si la valoración se basara en la prueba legal o tasada. Además, el juez siempre debe examinar el devenir pericial y la metodología empleada desde la lógica; el resultado de esta pericia debe ser comprensible para el juez aunque desconozca por cierto los cálculos, operaciones y técnicas propios de cada ciencia ¹²⁵ consagrando el Tribunal Supremo español que no hay contradicción alguna entre la carencia de conocimientos científicos por parte del juez y el apartamiento de sus postulados ¹²⁶ y solo en la medida que este razonamiento judicial no sea lógico, omita datos o conceptos del dictamen, estableciéndose aspectos fácticos distintos de los que han debido llevarse a los autos, ¹²⁷ apartándose entonces de la sana crítica, cabrá impugnar la resolución ¹²⁸

Sostuvimos que este punto es indispensable para revelar la correcta aplicación el principio del debido proceso legal y su repercusión en el estado mismo de derecho; se debe permitir al juez que impida que una prueba errónea, aún basado en conocimientos científicos de las ciencias duras, *envenene* su sentencia, aún cuando esa prueba lleve el manto de la ciencia ¹²⁹

¹²⁵ Esparza Leibar, Iñaki "El dictamen de peritos en la ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil" Ed Tirant lo Blanch, Valencia 2000 pag. 154

¹²⁶ STS, 28/06/94 en RJ T. 1994 pag. 848

¹²⁷ STS, 30/12/97 en RJ T. 1997 pag. 9671

¹²⁸ STS, 24/02/84 en RJ T. 1984 pag. 1211

¹²⁹ Apple, J, op cit.

Para desvirtuar la conclusión del experto es imprescindible valorar elementos que permitan advertir fehacientemente el error, la incorrecta aplicación de los procesos científicos, la incoherencia de sus argumentos desarrollados en el dictamen.

Para apartarse del mismo debe ser analizado a la luz de la sana crítica racional con todos los requisitos de la lógica, técnica, ciencia y la experiencia común, el magistrado debe justificar **científicamente** tal apartamiento, lo que a veces se torna difícil: así cuando no se encuentra avalada la disparidad por otros medios probatorios de entidad suficiente. En la cientificidad del laboreo pericial siempre juega el conocimiento del experto que hace jugar una serie de saberes específicos ajenos a la formación cultural del magistrado lo que hace preguntar como hará el juez para desechar un dictamen en una pericia de compatibilidad inmunogenética que fue rotulada como la "*evidencia más importante del siglo aportada por la ciencia*"

Estas avanzadas de la ciencia, arrimadas al proceso, escapan a la valoración objetiva del juzgador y por tanto sus facultades de apartamiento se ven en la práctica sensiblemente acotadas..

Así concluyó el XVIII Congreso Nac. De Derecho Procesal Civil de 1995 "*Es uniformemente aceptado que para la valoración de la prueba pericial rigen los principios de la sana crítica, aunque para apartarse del dictamen del perito, el juez debe dar fundamentos científicos. .*"

Sostenemos que aún en la prueba científica sus informes no resultan vinculantes siempre y cuando se actúe con prudencia y se expliciten los motivos que llevan a descalificarlas desde el punto de vista lógico, científico o por flagrante contradicción con otras pruebas de la causa ¹³⁰

Los jueces estarán más cerca de aceptar el dictamen si a) se realizaron las extracciones de muestras con eficacia, incluyendo su conservación y traslado b) Si es biológico, que se realizada por organismos habilitados c) que sea realizada por profesionales especializados y se trata de ADN se debe controlar que haya sido la prueba desarrollada por un laboratorio autorizado por las normas de calidad internacional, vgr. en España por la ISFH ¹³¹ d) que el

¹³⁰ Leone, G., "Tratado de Derecho Procesal Penal — trad.de Santís Melendo— , Ejea, 1963, t. II, p. 202

¹³¹ Pocos conocen que internacionalmente no todos los laboratorios están validados con determinado control de calidad para asegurar formalmente el cumplimiento de pasos y protocolos indispensables para la cientificidad de la tecnología empleada. Por eso la cita de Lorente Acosta, José Antonio y Lorente Acosta, Miguel "ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica" Ed. Comares, Granada, pag. 179: "...Jueces y/o Ministerio Fiscal, Defensa,.. no deberán otorgar validez práctica alguna a un informe reralizado por laboratorios no acreditados por el Grupo Español de la ISFH".

informe explique: como se realizó, las tablas utilizadas y su aceptación en la comunidad científica, e) si es biológica que se utilicen todos o la mayoría de los componentes de la prueba de compatibilidad inmogenética ¹³²

Por eso, el método de la sana crítica para valorar la pericia, determina que cuando las cuestiones dictaminadas sean más técnicas, científicas, menos posibilidades reales tiene el juzgador de hacer una valoración libre apartándose de sus conclusiones. pues más difícil le será apreciar datos como la metodología aplicada o la coherencia interna de los razonamientos del dictamen, recayendo en gran medida en la confianza de su experiencia y reconocimiento al punto que Mittermaier decía que la posición del juez es muy sencilla y consiste en recibir el informe, examinarlo y compararlo en su forma y tenor con los motivos fundantes, con las circunstancias y las otra pruebas de autos. ¹³³

8.La concordancia de la prueba científica con las constancias de autos

Las consideraciones ante expuestas no signifiquen que el juez quede inerte frente esas conclusiones.

Un ejemplo dará claridad a las preguntas ut supra expuestas: Si un ADN arroja 99% de probabilidades que el demandado es el padre de la criatura, o el imputado presenta su ADN en tal grado de concordancia con el hallado en el lugar del hecho. ¿ Nunca podrá apartarse el juez?

Si bien Taruffo refiere que resulta, pues, poco comprensible la tendencia que parece consolidada en la jurisprudencia italiana según la cual el juez debería valorar el test de ADN con el resto de las pruebas disponibles o que el juez podría darle menor valor al test de ADN si considerase que no es relevante por que entiende que se ha obtenido prueba, incluso contraria y hasta sólo sobre la base de elementos indiciarios, ¹³⁴ decimos que tal situación puede darse en la práctica : cuando las constancias del expediente, o una de evidencia vehemente la contradiga. ¿Aceptaría el juez tal dictamen si en autos se ha probado que el supuesto padre o violador a la fecha de la concepción estaba preso en una cárcel por ejemplo de Afganistán?

¹³² Krasnow, op cit pag. 101/102. Puede consultarse Díaz Araceli, M "La prueba pericial. Las pruebas biológicas en las acciones de filiación" Ed Keynes Universitaria, Rosario 1996

¹³³ Mittermaier Karl "Tratado de la prueba en materia criminal" pag. 254 Ed. Hammurabi Bs. As. 1993

¹³⁴ Taruffo, Michele "La prueba científica en el proceso civil" Traducción de Mercedes Fernández López y Daniel González Lagier pag. 155

Que pudo haber pasado entonces con tal prueba científica?

Aquí el juez deberá investigar varias cosas: si el método utilizado fue el más avalado por la ciencia en la actualidad, si tiene aceptación pareja en el extranjero, si se utilizaron métodos ya superados por su margen de error, etc.

También si no hubo errores en la recolección y conservación de muestras. La realidad demuestra muchas veces es el tramo menos científico de la pericia, vgr. AdN, ya que usualmente se encargan no los científicos sino personal de los laboratorios, donde no se puede descartar que el propio personal doméstico genere ciertas confusiones al mezclar muestras de sangre etc. Coincide con nosotros Berizonce quien destaca la importancia del control en los procedimientos desde el comienzo del iter probatorio¹³⁵

Taruffo mismo advierte de la valoración judicial con relación con los problemas que pueden surgir si el test no se ha efectuado correctamente.¹³⁶

Por eso es aconsejable la presencia del juez en estos tramos sobre todo cuando se trata de métodos nuevos y no tan conocidos en el ámbito forense.

Sería conveniente al modo procesal alemán algún tipo de regulación para obtener el material necesario para practicar exámenes genéticos moleculares de modo que los peritos deban garantizar mediante medidas técnicas y organizativas la obtención del material que excluyan toma de exámenes inadmisibles o de personas ilícitamente reemplazadas por terceros ajenos a las partes en cuestión¹³⁷

Tan importante es el acto de obtención de muestras biológicas, máxime cuando se trata de un crimen, que si se altera en el lugar, durante el trayecto al laboratorio, o por el transcurso del tiempo, no solo afectará el resultado de la prueba sino de todo el proceso judicial habiendo instrucciones minuciosas de la doctrina especializada para no afectar estos tramos¹³⁸

Así una prueba genética puede analizarse a la luz de las restantes pruebas del proceso, en cuanto a la bondad o no de los métodos utilizados puesto que estos se van superando en

¹³⁵ Berizonce, Roberto "La prueba científica" Exposición en las Segundas Jornadas de Profesores de Derecho Procesal, La Plata, 29 y 30 de Setiembre de 2006 en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal* Director Juan Pedro Colerio, Síntesis de Leonardo Villegas Ed. Asociación Argentina de Derecho Procesal, Año 1 N° 1 pag. 39

¹³⁶ Taruffo, Michele "La prueba científica en el proceso civil" Traducción de Mercedes Fernández López y Daniel González Lagier pag. 155

¹³⁷ StPO art. 81 f (2)

¹³⁸ Lorente Acosta, José Antonio y Lorente Acosta, Miguel "ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica" Ed. Comares, Granada, pag. 131/132

forma continua, las precauciones que otros expertos refieren debe tomarse y en el caso no se tomaron, la aceptación o no justamente de los métodos y procedimientos en el ámbito de la comunidad científica, si el método o la investigación han sido ya evaluados en otros procesos judiciales, nacionales o extranjeros, etc.

9. Iniciativa pericial científica judicial

Hoy más que nunca el juez puede echar mano de diversas medidas que fueron postuladas a la hora de valorar la pericial común: en Europa, incluida Inglaterra donde prima el sistema adversarial y Estados Unidos se postula que el juez pueda integrar las iniciativas probatorias de las partes, cuando las evidencias parezcan insuficientes o inadecuadas para formular una decisión en búsqueda de la *verdad ya que una parte no tiene interés en descubrir la verdad – aquella que sabe que está equivocada-*¹³⁹ y esto no significa que en esos países sus ordenamientos puedan ser tildados de totalitarios al modo hitleriano, mussoliniando, o staliniano¹⁴⁰

Basta recordar las Federal Rules of Evidence de USA de 1975 en su N° 614 que le atribuye a los jueces interrogar a testigos de oficio ('poco utilizado) o la N° 706 respecto de disponer de oficio consultas técnicas nombrando incluso a los expertos, poder usado frecuentemente, sobre todo con el fin de corregir las distorsiones que pueden ser provocadas por los consultores técnicos de las partes.¹⁴¹ Pero aún en la prueba científica para juez, es un dato informativo a utilizar para llegar a una reconstrucción de los hechos controvertidos que sea lo más cercana a la verdad que se pueda.¹⁴²

Postulamos así que un juez argentino para poder valorar más eficazmente un dictamen científico que le ofrece dudas, pueda dictar medidas para mejor proveer: designar otro

¹³⁹ Esto nos recuerda cuando postulamos el ingreso de un *nuevo* principio procesal – aunque *viejo* en Europa dado su raíz chiovendana – llamado *la razón del actor* (Carbone Carlos "Las medidas autosatisfactivas y las sentencias anticipatorias como proyección de un nuevo principio general del Derecho de raíz procesal. *El proceso no debe ir en contra del actor que tiene razón* J.A N° 6164 20/10/99

¹⁴⁰ Taruffo, Michelle "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa" *Revista de Derecho Procesal* Ed Rubinzal Culzoni N° 2006 – 2 pag. 430/1. Entre nosotros cabe mencionar algunos fallos en el mismo sentido de la CSJN del 23/12/80; L.L. 1981-C-67, etc.

¹⁴¹ En este contexto es que debe entenderse el art. 36 inciso 4° del CPCN ley 25.488/02 cuando impone a los jueces y tribunales el *deber de* ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes.

¹⁴² Desde este punto de vista, es posible configurar un uso probatorio racional de los conocimientos e informaciones que proporciona la ciencia.-Taruffo, La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali, Mi lán, 1992, pp. 7 y ss, 35 y ss.

perito oficial para realizar la pericia de un modo más completo, **llamar al perito para pedirle explicaciones, aclaraciones,**¹⁴³ **requerirle al perito ampliación de su dictamen.**¹⁴⁴

10. ¿Puede el juez acudir a conocimientos ajenos al proceso?

La pregunta viene a cuento porque si bien es cierto como sostuvimos que es muy difícil que traiga sus propios conocimientos de la experiencia como sucede en las pruebas periciales comunes, ello no nos impide preguntar si podrá acudir a otras opiniones de la ciencia involucrada, sino han sido traídas al proceso por las partes?¹⁴⁵

A primera vista parecería desde la cómoda concepción tradicional del proceso (*tradicional* a veces se confunde con *traicionar* la verdad) no sería posible so pretexto de violar el principio de igualdad de las partes y los fundamentos que en cascada de él se desgranar, hartos conocidos.

El tema fue materia de muchos debates pero las conclusiones del Congreso tantas veces referido puso un punto final sumamente interesante: el juez "*puede hacer méritos de conocimientos adquiridos fuera del proceso*"

Que quiere decir esto? Que el sentenciante puede acudir a la opinión de otros expertos sobre el tema, muchas contenidas en publicaciones específicas respecto de los métodos utilizados.

¹⁴⁶

X LASUBJETIVIDADELEXPERTOENLAPRUEBACIENTÍFICA.

Como introducción al punto cabe reiterar algunas preguntas que ya hemos formulado ante la orfandad del tema en los autores especializados ¹⁴⁷ inquietud que ha sido destacada por

¹⁴³ Art. 21 CPCSF "El debate judicial es conducido por el juez, quien debe adoptar todas las medidas conducentes al esclarecimiento de los hechos, a mantener la igualdad entre las partes y a obtener la mayor economía y rapidez en el proceso. A tal efecto, podrá disponer de oficio, aún compulsivamente, en cualquier estado de la causa, la comparecencia de los peritos y de los testigos para interrogarlos con la amplitud que creyere necesaria. "

¹⁴⁴ Art. 193 CPCSF) "...El juez podrá disponer, de oficio o a solicitud de parte, que se amplíe el dictamen, observando las reglas prescriptas en el art. 187."

¹⁴⁵ Carbone Carlos "La prueba científica: notas esenciales y los problemas de su vinculación a la decisión judicial" Exposición en las Segundas Jornadas de Profesores de Derecho Procesal, La Plata, 29 y 30 de Setiembre de 2006 en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal* Juan Pedro Colerio, (Director) Síntesis de Leonardo Villegas Ed. Asociación Argentina de Derecho Procesal, Año 1 N° 1 pag. 41

¹⁴⁶ En Oklahoma, el tribunal de Distrito en el caso Wilson vs. Reinol desestimó una pericial cinética que había determinado la pertenencia al acusado de un bello hallado en el lugar del crimen, comparándolo con el extraído al mismo y aportado por la fiscalía, por entender que el método utilizado era de escasa confiabilidad

¹⁴⁷ Los jueces en aquello que somos ignorantes a veces necesitamos que haya solo un dato objetivo, donde el experto no piense, sino que coloque todo en una máquina y la máquina sea infalible. Carbone, Carlos Alberto "La subjetividad del experto en las pruebas que aplican conocimientos científicos de disciplinas no jurídicas" *El Derecho, boletín* del 24.10.01 N° 10365.

prestigiosa doctrina nacional ¹⁴⁸

A primera vista asoma como contradictorio: como en una prueba científica el profesional podrá volcar sus impresiones como cualquier testigo?

Es que los jueces estamos tentados frente a la perplejidad que nos produce la ciencia que no conocemos, por ejemplo, ante una huella digital, a apretar un botón y salga la conclusión; sucede con el ADN o la prueba de la voz. Muchas veces los operadores del sistema viven las técnicas – vgr. de la computadora- como magia y esta mentalidad mágica que se trasluce en el uso de los medios de comunicación y hace que se piense a la tecnología como milagrosa!¹⁴⁹

El experto en el ADN **interpreta** que la coincidencia de las barras de los cromosomas es similaridad, o que el mismo dibujo del espectrograma corresponde a la misma voz.¹⁵⁰

La valoración objetiva escapa al hombre de derecho, el perito necesita una ardua labor interpretativa, aún en la ciencia igual que el juez respecto de sus conclusiones.¹⁵¹

El experto no es más que un testigo selecto, competente y capaz de observar con la ayuda de los medios del laboratorio pero que aún siendo superior al testigo ordinario, no será por esto menos falible por esa razón, la pericia conserva un carácter en parte subjetivo que por la otra no puede eliminarse totalmente de ninguna prueba¹⁵² Esta subjetividad es más patente cuando el experto rinden cuenta del resultado de su misión en el juicio oral, pero de todos modos la subjetividad está dada también por la interpretación que haga de sus hallazgos en el laboratorio

de la prueba científica. ¹⁵³ Derminados datos objetivos en su laboratorio - como la

¹⁴⁸ Berizonce Roberto "Control judicial de la prueba científica" *Revista de Derecho Procesal* Ed Rubinzal Culzoni, N° 2005 – 2 Prueba T. II pag. 167 nota 23. Peyrano, Jorge W "Sobre la prueba científica" La Ley 03/05/ 2007 Nota 3.

¹⁴⁹ Eco, Humberto « El mago y el científico" *Diario El país, ejemplar del 15-12-02, Madrid*. Ensamblado magistralmente por Morello, Augusto y Quevedo Mendoza, Efraín "Proceso y Procedimiento. Ciencia y Técnica" *Revista de Derecho Procesal N ° 2003-2* Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pag. 402 Pero lamentablemente no es así. Es cierto que los indicios técnicos, la sangre, la voz, el soporte de papel, presentan un carácter objetivo, exige el concurso del experto

¹⁵⁰ Carbone, Carlos, "La prueba científica y los problemas de su vinculación a la decisión judicial" en *Jurisprudencia Santafesina* n° 72, página 23 y siguientes.

¹⁵¹ El indicio como decía Locard se perfecciona y adquiere valor con la técnica empleada y según la competencia del experto, perdiendo así su simplicidad primitiva, ya no es más únicamente una función de los hechos en sí sino también de su intérprete. No se puede decir del objeto de prueba como del testimonio que es un hecho expresado *visto a través de un temperamento* sino es un hecho expresado por *una técnica y un hombre*: técnica que debe ser probada, y hombre que por definición es un *expertus*. Locard, Edmund "L'Affaire Dreyfus" *Rev. Inter. De Criminalistique*, París 1937 pag. 81

¹⁵² Gorphe Francois "La apreciación judicial de las pruebas" Bs. As. 1967 Ed. La Ley pag. 52

¹⁵³ Sin embargo, muchas veces, precisamente la ignorancia del respectivo saber en los sujetos procesales, a veces complicará más aún el cometido científico cuando pretendan *interpretar* ellos *por sí mismos* los datos objetivos que el experto a tenido a la vista en el laboratorio, por que en verdad como Bergsten - aunque aplicado al documento informático - pocos jueces comprenden la tecnología involucrada por lo que hay una tendencia natural a desconfiar de aquello que no se entiende (Bergsten, Eric citado por Wagner y Aballe en «Análisis de los límites a la libre valoración de las pruebas científicas». Ponencia en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal», Op. cit. pág. 443).

representación de pares de cromosomas en las pruebas para determinar el ADN o de las sílabas desplegadas por el espectrógrafo para determinar la identidad de la voz humana - deberá ser interpretadas **subjectivamente** aunque basado en sus profundos conocimientos.

UNIDAD I: PRUEBA PERICIAL VS. PRUEBA CIENTIFICA

- 2) **GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo. GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo. "La prueba científica no es prueba pericial". En Derecho & Sociedad N° 38. Asociación Civil. Lima, 2012.**

La Prueba Científica No es Prueba Pericial

Osvaldo Alfredo Gozaini*

En la actualidad, la utilización de una prueba científica ha alcanzado grandes niveles de respaldo y aceptación, generando así que su valor como medio de prueba se haya visto incrementado; sin embargo, Osvaldo Gozaini, a lo largo del presente artículo nos demuestra que la utilización de la ciencia como medio de prueba destinado a verificar los hechos que las partes llevan al proceso, podría generar en realidad cierto temor sobre la influencia que pueda tener en el ánimo del juzgador al producir una convicción superior a los estándares de la libertad probatoria, convirtiendo al resultado conseguido en casi una prueba legal. Frente a ello, el autor enunciará ciertos parámetros necesarios para la valoración de la mencionada prueba, llegando finalmente, a diferenciar aquello concebido como prueba científica de la prueba pericial, connotaciones que podrían confundirse entre sí, generando con ello diversas consecuencias.

1. Introducción

Las pruebas científicas son medios de prueba, y así deben considerarse en el aspecto de la producción efectiva; la diferencia está en el sistema de apreciación que, por el valor intrínseco de las conclusiones, justamente científicas (serias e irrefutables), no permiten utilizar estándares de libertad como en las demás verificaciones, porque se parecen demasiado a las antiguas pruebas legales. Es decir, no obligan a seguirlas, pero apartarse de ellas sin justificación razonable y fundada, puede ser un motivo de arbitrariedad o ilegalidad.

Por tanto, el primer problema a resolver estriba en ubicar con exactitud el plano de entendimiento sobre qué es y cuándo es, prueba científica. Luego, es necesario resolver la aplicación de la actividad, y en su caso, establecer si el parámetro de lo pericial es adecuado o admite un desarrollo particular autorizado por el juez en cada caso concreto; el siguiente inconveniente es entablar la admisibilidad del medio de prueba en la línea de los mecanismos no legislados pero pertinentes o inadmisibles; y finalmente atender los problemas de interpretación y valoración de la prueba, con su impacto en la sentencia y la cosa juzgada.

2. Concepto de prueba científica

Una prueba es científica cuando el procedimiento de obtención exige una experiencia particular en el abordaje

que permite obtener conclusiones muy próximas a la verdad o certidumbre objetiva. El método o sistema aplicado trabaja sobre presupuestos a comprobar, y el análisis sobre la cosa o personas, puede ser racional y falible, o exacto y verificable. En el primer grupo, el ensayo sobre el origen de ciertas enfermedades puede ser cierto; en las matemáticas, el resultado siempre es cierto.

Para Marcelo S. Midón la noción de prueba científica remite a aquellos “(...) elementos de convicción que son el *resultado de avances tecnológicos* y de los más recientes desarrollos en el campo experimental, que se caracterizan por una metodología regida por principios propios y de *estricto rigor científico*, cuyos *resultados* otorgan una *certeza mayor* que el común de las evidencias” (el resaltado es propio)¹.

Para Taruffo el uso en el proceso civil de las pruebas científicas exige acordar, previamente, qué se interpreta como tal, porque una cosa es la denominación como “ciencias duras” o “no humanas”, tales como la física, la química, la matemática, la biología, la genética, etc., que por los conocimientos que proporcionan son relevantes para establecer, valorar e interpretar, hechos que deben ser probados, y que, por eso, no tienen problemas de admisión para que el juez ordene “de plano” que se emitan los informes técnicos; a diferencia de las ciencias humanas o “sociales”, como la psicología, la psiquiatría, a sociología, la crítica literaria, la economía, la estética o

* Abogado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente es profesor titular por concurso del Departamento de Derecho Procesal de esta última Facultad. Ha escrito más de treinta libros propios y varios otros en colaboración. Fue Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano, donde también se desempeñó como Director de la Carrera de Abogacía (1993/2000). Ha sido Investigador Principal del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor honorario de las Universidades Antenor Orrego (Perú) y San Antonio Abad del Cusco (Perú); profesor permanente del plantel de posgrado de la Universidad Panamericana de México; profesor visitante de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (España), entre muchas otras del exterior. Ha dictado más de doscientas conferencias en el país y el exterior (Uruguay, Perú, Colombia, Brasil, Venezuela, Costa Rica, Panamá, México, Estados Unidos, España, Italia y Francia). Miembro del Consejo Consultivo Internacional de la Asociación Civil Derecho y Sociedad.

¹ Ponencia presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal (Mar del Plata, 2007).

la ciencia de las religiones donde, en todas ellas, el saber científico permite discutir las conclusiones porque, aun reconociendo que se trata de “ciencia”, algunos sostienen que forman parte del sentido común y no de específicas áreas científicas².

Parece indudable que el aspecto más conflictivo está en el grado de influencia sobre la decisión judicial pues, cuando se acepta que la actividad probatoria tiene carácter reconstructivo dentro de un método especial de debate (bilateral y contradictorio) en el que el esfuerzo dialéctico de cada parte (carga de la prueba) es una pauta importante para determinar el resultado alcanzado, el peso de la ciencia comprobada supera ese esquema de discusión entre pareceres.

“(...) el proceso se halla limitado a enunciados relativos y a circunstancias de hecho, seleccionadas y determinadas por criterios jurídicos (...)”

Dicho esto en el sentido de advertir que el mundo de la investigación científica gira en una órbita distinta a la que realiza el sistema judicial, aun cuando al tiempo de resolver se congreguen las experiencias; diferencia que es la que señala Taruffo al confrontar el proceso con la ciencia.

En efecto, dice el célebre procesalista italiano que entre ciencia y proceso existen relevantes diferencias que se deben tener en consideración si se desea comprender cómo la ciencia puede ser usada en el contexto del proceso. La ciencia opera a través de varios pasajes, en tiempos largos; teóricamente con recursos y fuentes ilimitadas, conoce de variaciones, evoluciones y revoluciones. Según la postura tradicional, la ciencia está orientada al descubrimiento, la confirmación o la falsificación de enunciados o leyes generales que se refieren a clases o categorías de distintos eventos. Al contrario el proceso se halla limitado a enunciados relativos y a circunstancias de hecho, seleccionadas y determinadas por criterios jurídicos, es decir, referidos a normas aplicables al caso concreto, de modo que el proceso —a diferencia de las ciencias de la naturaleza— se presenta con carácter *ideográfico*. En otras palabras, el proceso trabaja en tiempos relativamente cortos, con fuentes o recursos limitados y está orientado a la producción de una decisión tendencialmente definitiva sobre el específico objeto de la controversia³.

La diferencia de métodos no impide el uso de la ciencia en el proceso, siempre y cuando, la ideología imperante sea la de obtener la verdad, porque, en caso contrario, al juez le resulta suficiente la opinión técnica que proviene de la pericia, como dictamen de quien

tiene un conocimiento especializado. Dicho esto como válido para el proceso civil, porque en materia penal la medicina legal es un ejemplo claro de cuánto se utiliza la ciencia en el proceso.

3. Admisión y procedencia

La prueba científica tiene dos caminos posibles para ser admisible en el proceso civil. Uno es el de los medios de prueba no legislados (art. 378 segundo párrafo, Código Procesal); otro, transita en la senda de la prueba pericial que procede cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (art. 457 de igual ordenamiento).

Si el centro de atención se mide con la necesidad de prueba, el estándar a verificar se analiza con la regla del medio apropiado que corresponda según la ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos (art. 397, Código Procesal), y siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso (art. 378, Código Procesal). Además, no serán admisibles las pruebas manifiestamente improcedentes, superfluas o meramente dilatorias (art. 364, Código Procesal).

Cabe advertir que en el régimen procesal de nuestro país (sin que haya diferencia entre los veinticuatro códigos procesales) impera el principio del libre convencimiento del juez, que opera excluyendo —por vía de principio— el recurso a reglas de la prueba legal, pese a que los grados de certeza exigidos van cambiando en las modalidades y tipos de procedimientos. Vale decir, en un proceso penal priva el derecho a la certeza moral o íntima convicción, en cuyo caso una prueba científica es posible, por ejemplo, si supera el test de afectar la libertad personal del encartado que se niega a prestar el cuerpo como objeto de prueba; mientras que en los juicios entre particulares, la certidumbre puede conformar con la derivación razonada de las pruebas obrantes sin necesidad de profundizar la investigación. En todo caso, la prueba científica debate en un conflicto entre ideologías, porque a un sector le basta con el convencimiento razonado (certeza subjetiva), y otro pretende que los hechos queden esclarecidos en su verdad jurídica objetiva.

Inclusive promediando el siglo XX (1952) René Savatier afirmó que “(...) no se debe creer que las técnicas sean necesariamente empleadas en beneficio de la verdad; pueden serlo también en pro del error o de la mentira. La técnica es, en sí misma, un instrumento moralmente neutro”⁴.

Estas diferencias se consideran al tiempo de disponer la admisibilidad probatoria, teniendo presente que la prueba científica, sin ser específicamente una prueba pericial, responde en su práctica a éste procedimiento (por ser el modelo semejante) o al que el juez disponga conforme su leal saber y entender.

2 Taruffo, Michele, *La prueba científica en el proceso civil*, traducción de Mercedes Fernández López y Daniel González Lagier, p. 46, *passim*; también en “Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal”, Universidad de Medellín, pp. 15 y ss.

3 Taruffo, *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal*, cit., p. 16.

4 Savatier, René, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tomo VIII, Montreal, 1956, p. 618.

La procedencia de la prueba científica corresponde al de los medios no legislados, interpretando como tales a las pruebas que el Código Procesal no tiene prevista, sin abarcar a aquellas que pueden tener origen legal para situaciones concretas (v.gr.: El art. 4 de la Ley 23.511 que crea el Banco Nacional de Registros Genéticos, dice: “*Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia, la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente. Los jueces nacionales requerirán ese examen al BNDG admitiéndose el control de las partes y la designación de consultores técnicos. El BNDG también evacuará los requerimientos que formulen los jueces provinciales según sus propias leyes procesales*”).

Corresponde aclarar que cuando la práctica de la prueba no sea suficientemente correcta con el trámite de la pericia, el juez tendrá que ordenar las modalidades especiales, teniendo en cuenta que existen particularidades de la prueba científica que impiden mantener la singularidad de la técnica pericial.

Por ejemplo, en los tipos de pericia que el código autoriza, la llamada “*pericia simple*” es la que se produce en audiencia o mediante la emisión de un informe inmediato a la verificación de los hechos (art. 474, Código Procesal); este caso se muestra con la explicación de un resultado estadístico sobre datos matemáticos proporcionados en el expediente, etc.⁵. Pero este tipo de procedimiento no es habitual, porque la práctica común exige conocer el objeto de prueba, evaluarlo, tomar muestras, ensayar sobre ellas, y tras un desarrollo completo, formular conclusiones.

Bien explica Falcón que cuando se trata de *prueba científica*, no hay un salto de calidad, sino de cualidad, que se compone de dos grupos de cuestiones. Un primer grupo está constituido por: *a)* Exámenes que requieren conocimientos científicos especiales de expertos, producidos mediante *experimentos*, o la *utilización de instrumentos de alta tecnología* (que pueden ser químicos, físicos, de ingeniería, etc.). Estos exámenes que vemos ahora regularmente acompañando los exámenes médicos (resonancia magnética, tomografía computada, centellograma, etc.), tienen que ser realizados sobre elementos propuestos en el proceso. El otro grupo lo forman: *b)* las informaciones científicas sobre hipótesis, leyes o teorías científicas, pedidas a instituciones de la más alta calidad, capacidad y prestigio de investigación (art. 476, Código Procesal)⁶.

En síntesis, la admisión de la prueba científica es discrecional para el juez; pero admitida, tiene que saber que la dinámica de producción exige mayor fiscalización (bilateralidad) que el control facultativo de la prueba pericial, cuando sea este el camino que se adopte para la actividad.

4. Límites para admitir la prueba científica

Con singular precisión destacó Morello que no todas son buenas para el avance y permisión de la prueba científica en el proceso civil “(...) porque, en pleno proceso de avances y contenciones, dudas y experimentación (clonación, tratamiento del Sida, etc.), además de no tener muchas veces una calidad autónoma y definitiva para crear certeza, en razón de esas causas a las que suman las que provienen de problemas técnicos o científicos de comprobación, es decir, aprehendida la cuestión desde el punto de vista de las ciencias con relación a sus propias fronteras y la incidencia que pueden tener sobre el campo probatorio, se agrava la tópica porque la lógica que siempre está presente, sufre, en la actividad, su propia transmutación, el avance de las <nuevas lógicas que representan fronteras móviles>, que cobran referencia ejemplar, precisamente, en la prueba hematológica y el HLA y el ADN”⁷. La potencial relevancia de la prueba científica para esclarecer el hecho o, para expresarlo mejor, “establecer la convicción sobre la verdad del hecho”, no es, desde luego, absoluta. Hay veces que la prueba científica viene impuesta por la ley, como cuando se trata de determinar la incapacidad de las personas, o respecto a la prueba de la filiación o nexo biológico, que de conformidad con lo previsto por el art. 253 del Código Civil, aun siendo admisibles todos los medios de prueba, no se sobreponen a la necesidad de una prueba biológica.

Sin embargo, el límite de la decisión personal (someter el cuerpo a la investigación científica) puede balancear la eficacia probatoria entre dos polaridades. O las presunciones que operan por aplicación del art. 4º, primera parte de la Ley 23.511, donde la negativa a someterse a la extracción de muestras obedece al temor fundado de que los estudios revelen una paternidad probable y el peso del indicio es directamente proporcional a la certidumbre que podrían arrojar esos estudios; o la justificación de la negativa a someterse al examen sanguíneo cuando la oposición tenga argumentos serios y debidamente justificados.

Es decir que para admitir prueba científica, o expresado en los términos como concluye el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, 195), respecto a que no corresponde hablar de prueba científica sino más bien de pruebas en las que se aplican tales conocimientos de disciplinas no jurídicas -por cuanto no corresponde privilegiar algunas ciencias en relación con las restantes-, la posibilidad de expulsión por rechazo al ofrecimiento, o por oposición a la dispuesta, puede llegar desde puntos de vista distintos.

Uno versa sobre la científicidad de la prueba, donde la elección depende del grado de verosimilitud fáctica que se pueda desprender del estudio, teniendo en cuenta los puntos de mayor o menor probabilidad que conduzcan a resultados ciertos o prevalecientes sobre una hipótesis (v.gr.: si el grado de confirmación es del 70% la incertidumbre es del 30%, de modo que la

5 Falcón, *Prueba científica*, cit., XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal.

6 Falcón, *Prueba científica*, cit., XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal.

7 Morello, *La prueba científica*, La Ley, 1999-C, 898.

probabilidad prevaleciente es alta, pero la duda no es menor ni insignificante).

Otro reparo es la moral implícita en la procedencia del estudio científico, ya sea por la etapa en la cual la ciencia se encuentra (experimentación, provisionalidad de las conclusiones), o bien por la afectación del principio del bien común que se altera cuando se permite probar pese a dicho estándar. En el primer caso, la tensión surge entre aceptar que la tesis en ensayo sea bastante para constituir una prueba científica que aun no está “aprobada”; o eliminar esa posibilidad mientras la prueba no alcance el grado de irrefutable. En el otro, la mirada se pone en la persona que tiene un interés jurídico superior que proteger, en cuyo caso, la admisión o rechazo de la prueba queda en el marco de las potestades jurisdiccionales.

La sumatoria indica que cualquiera que sea el valor que se atribuya a la prueba científica, ella podrá ser dispuesta en el proceso mientras cumpla los estándares y principios de la legalidad, licitud, admisibilidad, trascendencia y confiabilidad en los asertos.

5. Naturaleza de la prueba científica

La prueba científica como medio no legislado expresamente pero apto para resolver cuestiones de hecho controvertidos, en el proceso tiene manifestaciones muy importantes que asientan en el tiempo de la apreciación o valoración de la prueba.

Cuando se la considera como un medio *complementario*, las conclusiones se consideran conforme las reglas de la sana crítica; pero hay veces que, por la trascendencia de las afirmaciones, el desenlace puede llevar a que trabaje como una verdadera *prueba legal*.

Si es complementaria, la producción participa de las características de la prueba más adecuada y semejante (v.gr: pericial); pero una cosa es el trámite y otra la naturaleza, porque “(...) en realidad, la intervención de técnicas modernas, tanto en la formación de las pruebas como en el control de su veracidad, no da lugar a la creación de pruebas que no pertenezcan a las dos categorías fundamentales: los documentos y el testimonio”⁸.

De aplicar este criterio, la admisión de la prueba documental se acota al contradictorio eventual y, en suma, queda implícita en la valoración que se realice al dictar sentencia; pero si es documento, le falta producción para ser tal, en cuyo caso el enunciado se comprende en el espacio de la utilidad y trascendencia de la prueba, que lleva al campo de la idoneidad del medio para demostrar o confirmar los hechos que se encuentren controvertidos, y como éstos, aun son eventuales, dejan a la prueba científica a la espera de la contradicción y del poder de instrucción judicial.

No obstante, en el *common law* se entiende que la contraposición entre *law* y *fact* se justifica sobre todo

en función de las distintas esferas de atribución del juez y del jurado, que consideran como una cuestión de derecho la admisión la valoración sobre la admisibilidad de la prueba que implique conocimientos científicos, los que quedan en manos del primero y no de las facultades del restante.

Indudablemente –dice Denti–, la valoración de los tipos de prueba documentales que han sido posible merced al progreso científico, requiere técnicas de interpretación que no tienen nada que ver con las tradicionales relativas a los documentos directos o indirectos. “(...) Si la reproducción de la huella de un pie, e incluso, la de una huella digital, pueden ser operaciones relativamente simples, la interpretación de los resultados de los métodos de análisis, particularmente complejos, pueden requerir el auxilio de nociones complementarias de no fácil obtención... Volvemos, pues, a subrayar que desde el punto de vista de la incorporación de la prueba al proceso, se permanece siempre en el campo de la prueba documental, en donde el problema fundamental, que es anterior a la valoración del juzgador, continúa siendo el de la autenticidad de la prueba; problema éste que en orden a los procedimientos ordinarios de verificación puede complicarse, pero no transformarse, por la complejidad técnica de la formación del documento”⁹.

Si, en cambio, se interpreta que la prueba tiene naturaleza testimonial también la cuestión se detiene en la etapa de admisión, respecto al control de veracidad que puede llegar de una prueba técnica que aporta, antes que un nuevo mecanismo, una forma diferente de conseguir verdades.

6. Producción de la prueba

El Código Procesal es suficientemente claro al establecer que la prueba no legislada se diligenciará aplicando por analogía las disposiciones de los medios probatorios semejantes, o en la forma que establezca el juez (art. 378).

La cuestión a dilucidar consiste en relacionar la actividad probatoria con la naturaleza de la prueba científica (que no es igual a prueba no legislada) teniendo presente lo dicho precedentemente respecto a considerar que ella puede estar en el carril de los documentos o de los testimonios.

En realidad, cualquiera sea el mecanismo, todos siguen el principio de utilidad y adquisición de la prueba, de manera que, antes que una cuestión de esencia, debe quedar resuelto el tema de la admisión y la forma como se desarrollará.

Ahora bien, la prueba científica tiene un método especial que depende de la práctica a realizar; no es incorrecto señalar que la prueba pericial sea el medio más semejante por el cual canalizar la producción, pero igualmente nos parece que son exigibles algunas pautas más. Si la correspondencia se traza respecto a la prueba documental, la cuestión primera es la autenticidad, y como la prueba científica es “resultado”, solamente

8 Denti, Vittorio, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, Ponencia General presentada en el V Congreso Internacional de Derecho Procesal, México, 1972, p. 7.

9 Denti, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, cit., p. 8.

en la etapa de observaciones y/o impugnaciones se podrán ellas formular. Cuando el carril se encamina por el testimonio, la idoneidad del medio y el control de la práctica convierten típica la producción, con la salvedad que, tanto en la formación de la prueba (documental, testimonial o pericial) la fiscalización (control) es facultativo de la parte.

Para nosotros la prueba científica genera un valor probatorio muy vinculado con el rigor científico del método con el que sean tratados. Para que las conclusiones sean útiles y pertinentes, es preciso que el juez ordene prácticas complementarias que prevenga eventuales nulidades y aseguren el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos (art. 36 inciso 4°, Código Procesal).

Si la prueba científica no se aísla de la prueba pericial, puede ocurrir que la especialidad del medio quede atrapado en las redes de la experticia, caracterizada con la emisión de un dictamen simple de evaluación, o de conclusiones elaboradas después de la celebración¹⁰.

Ello nos sugiere la necesidad de implementar un sistema probatorio distinto, que es factible merced al párrafo final del art. 378 del Código Procesal.

El sistema tiene que resguardar el objeto de prueba, de forma que la cadena de custodia debe garantizar que el camino que recorren los indicios o muestras, desde que se recogen hasta que se conocen los resultados se ha hecho en las condiciones de seguridad y de rigor adecuadas, lo cual permite asegurar que el indicio que se estudia en el laboratorio es el que se recogió en el lugar de los hechos y que las condiciones en las que se ha mantenido son las más adecuadas para llegar a buenos resultados.

La contrapericia es la posibilidad de realizar un doble análisis sobre una misma muestra por dos peritos diferentes y/o en dos Centros diferentes, esta es una garantía irrenunciable para el buen hacer de la Justicia, y una necesidad evidente cuando la prueba puede tener métodos de investigación alternativos.

De lo expuesto, estamos diciendo que son pruebas procesales que se pueden utilizar en el proceso merced a ciertos resguardos que no son totalmente insertos en

la garantía de la defensa en juicio, sino en la legalidad del medio de prueba, de manera tal que para ser útil y efectivo, debe garantizar la seguridad¹¹.

7. Valoración de la prueba científica

La utilización de la ciencia como medio de prueba destinado a verificar los hechos que las partes llevan al proceso, produce cierto temor sobre la influencia que pueda tener en el ánimo del juzgador al producir una convicción superior a los estándares de la libertad probatoria, convirtiendo al resultado conseguido en casi una prueba legal.

Desde hace tiempo la doctrina reitera la distinción que se suele hacer entre el beneplácito que tiene la llamada “ciencia buena” respecto de la fluctuación que puede traer el opuesto o “ciencia mala”, a cuyo fin se trae al estudio el caso *Daubert* fallado por la Suprema Corte federal de Estados Unidos en el año 1993, cuando establece las previsiones que han de tenerse para aceptar el dictamen técnico altamente especializado:

- 1) Que respecto del conocimiento de que se trata, exista un consenso general por parte de la comunidad científica; es decir, se excluye su utilización cuando medien dudas acerca de su validez epistemológica.
- 2) Que de alguna manera sea empíricamente verificable.
- 3) Que, en su caso, se conozca el margen de error que lo condiciona.
- 4) Que haya sido revisado por parte de un comité o consejo, de probada jerarquía científica.
- 5) Que se haya publicado en revistas especializadas que aplican el sistema de control preventivo por parte de científicos especializados en la rama del saber de que se trate a fin de que certifiquen su valor científico (referato).
- 6) Además, claro está, se requiere la condición de pertenencia que presupone la existencia de una relación directa con el caso¹².

Estos parámetros se establecen como una guía que persigue dar tranquilidad al que juzga sobre la seguridad

10 Recuérdese que el art. 471 (Práctica de la pericia) del Código Procesal dispone que: “La pericia estará a cargo del perito designado por el juez. Los consultores técnicos, las partes y sus letrados podrán presenciar las operaciones técnicas que se realicen y formular las observaciones que se consideren pertinentes”.

11 En un logrado trabajo de síntesis sobre esta problemática, ha dicho Berizonce que “(...) La bilateralidad se despliega en todos y cada uno de los estadios probatorios que conducen al dictamen de los peritos. Ningún elemento de hecho puede ser llevado válidamente a la decisión si las partes no han sido puestas en la posición de previamente conocerlo y discutirlo. La valoración judicial de las pruebas culmina el iter procedimental comprensivo de las anteriores etapas de admisibilidad y producción-adquisición, pero todos esos desarrollos están prefigurados sin excepción por la estricta observancia del contradictorio entre las partes. De ahí que los controles tendientes a evitar su infracción o menoscabo no se limiten a verificar la fundamentación del propio decisorio (criterios de racionalidad), sino que se articulan y operan como técnicas normativas en los estadios anteriores de la admisibilidad y de los procedimientos de formación de las pruebas, en buena parte dirigidos a garantizar *in itinere* su atendibilidad. Precisamente, los ordenamientos procesales y orgánicos vigentes estatuyen no solo sobre las condiciones y requisitos tendientes a asegurar la idoneidad de los peritos (art. 464 CPCN), sino también los procedimientos para su nombramiento como auxiliar judicial, su recusación y remoción (arts. 458, 465, 466, 470); la fijación de los puntos periciales en el juego del contradictorio de las partes y bajo el poder decisorio del juez (arts. 459, 460); la admisión de los consultores técnicos de parte (art. 458); el modo de practicar las operaciones técnicas (art. 471); la forma y contenido del dictamen y de los informes de los consultores técnicos (art. 472); las atribuciones del juez y de las partes a la vista del dictamen, para el requerimiento de explicaciones, la formulación de observaciones y aún la disposición de la práctica de otra pericia. Sin perjuicio de la posibilidad de que se soliciten informes o consultas científicas o técnicas, cuando el dictamen requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización (art. 476) y aún, que se ordene la ejecución de planos, exámenes científicos y reconstrucción de los hechos, como medidas auxiliares y complementarias (art. 475). En fin, una batería de previsiones orientadas todas ellas al logro del objetivo esencial, cual es asegurar la atendibilidad y el valor científico-técnico de la pericia y su pertenencia y utilidad para auxiliar al juez en el conocimiento de los hechos en debate, y con ello la justicia intrínseca de la sentencia. (...) La potestad judicial de apartarse de las conclusiones periciales a condición de expresar los fundamentos de su convicción contraria, principio que la doctrina y la jurisprudencia han asentado pacíficamente desde antaño¹¹, nos conduce sin embargo al punto inicial de nuestra indagación: cómo puede el juez controlar la correcta aplicación de la ciencia en que se apoya la pericia o consulta y, en su caso, fundamentar su apartamiento (Berizonce, Roberto Omar, *Control judicial de la prueba científica*, Revista de Derecho Procesal, 2005-2, Rubinzal, Buenos Aires, ps. 157 y ss.).

12 Taruffo, Michele, *La prueba científica en el proceso civil*, en “Estudios sobre la prueba”, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 2006, ps. 135 y ss. Cfr. Ferreyra de De la Rúa, Angelina - Bella, Gabriela María, *Prueba científica. Examen de ADN y otros análogos. Inspección corporal*, en “Prueba ilícita y prueba científica”, AAVV (Director Roland Arazzi), Rubinzal, Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 37.

del procedimiento científico aplicado y la garantía del resultado que consigue; pero el debate estricto se posiciona sobre el sistema de apreciación de la prueba, donde anida la libertad de consideración de todos los medios de confirmación, bajo reglas predispuestas como la “sana crítica”, “la íntima convicción”, “la apreciación en conciencia”, “las máximas de experiencia”, por citar solamente los usos más habituales de racionalización.

La prueba científica, estimada con el balance de confiabilidad que merece el método, a veces convierte las conclusiones en verdades incuestionables; en estos casos, posiblemente la prueba sea única y determinante; pero en ocasiones la evidencia científica admite cuestionamientos (ideológicos o de competencia) que tornan el dictamen complementario de las demás pruebas. En uno y otro caso, el sistema de apreciación es el mismo, pero el peso específico trasciende el mero asesoramiento.

Según Taruffo, cuando de la ciencia se hace un uso epistémico al igual que se realiza con la prueba, o sea el medio con el que en el proceso se adquieren las informaciones necesarias para la determinación de la verdad de los hechos, significa que en ambos se aportan elementos de conocimientos de los hechos que se sustraen a la ciencia común que se dispone. “(...) Por lo que se refiere a la valoración de las pruebas, la adopción de la perspectiva racionalista que aquí se sigue, no implica la negación de la libertad y de la discrecionalidad en la valoración del juez, que representa el núcleo del principio de la libre convicción, pero implica que el juez efectúe sus valoraciones según una *discrecionalidad guiada* por las reglas de la ciencia, de la lógica y de la argumentación racional. Por decirlo así, el principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón”¹³.

Surge entonces el peso de la ciencia o de la verdad judicial prevalente, que puede asegurar el resultado verdadero con una mínima chance de error, que de existir, es justificable con las pautas de la razonabilidad y certeza objetiva. En los hechos, antes que una contradicción entre el sistema de la libertad para valorar la prueba y el criterio de la determinación anticipada de la convicción (prueba legal), en realidad es un contrasentido adoptar el estándar más inseguro, un verdadero disparate que sólo puede resultar del juego con las teorías.

En el procedimiento penal suele afinar la cuestión en resolver “*más allá de toda duda razonable*”, que por su cercanía con la exigencia de convicción plena que se pide para el uso de la prueba científica, puede tener íntima relación.

En efecto, el primer escalón que presenta trabajar con estándares de prueba muestra la asimetría entre la necesidad probatoria del proceso penal respecto al civil; por ejemplo, en el sistema judicial anglosajón, del que se importa la regla, la declaración de culpabilidad penal impone la prueba más allá de toda duda razonable

(*beyond a reasonable doubt*), sin que esté delimitada con precisión dónde está el límite de la incertidumbre. Se consiente sí que la sentencia no arroje “sombra de dudas”. En el proceso civil, el grado de seguridad es inferior pero no lo bastante errática como para sostener que carezca de veracidad suficiente o de evidencia preponderante (*preponderance evidence*), esto es, se exige que la existencia del hecho quede más acreditada que su inexistencia.

“(...) el único límite (de la prueba científica) es la moral, las buenas costumbres y que no se afecte la libertad individual ni la dignidad de las personas.”

Inclusive, en materia de probabilidades científicas que arrojen convicción, existe otro nivel a ponderar que es una zona de penumbra entre la alta verosimilitud penal y la certeza civil, que se instala en la actividad probatoria que obtiene resultados claros y convincentes, habitualmente aplicado en la determinación de responsabilidades profesionales, o ante situaciones que se deducen de probabilidades y presunciones.

En cada caso, la fehaciencia de la prueba científica confronta con la posibilidad de duda que puede tener quien ha de resolver, contingencia que frente a la calidad del medio probatorio lleva a utilizar un nuevo estándar: el de la *duda razonable*.

Se regresa con ello a un punto de inicio donde el acento se tiene que poner en esclarecer si los sistemas de valoración de la prueba pueden regir con su impronta cultural en los mecanismos judiciales de apreciación científica. La racionalidad está siempre presente, con la comprensión que la regla de la sana crítica no se encuentra afectada; pero es menester ajustar el calibre de la prueba científica ante la calificada conclusión de sus trabajos sobre las cosas, las personas y los hechos. Podríamos afirmar que el único límite es la moral, las buenas costumbres y que no se afecte la libertad individual ni la dignidad de las personas.

En suma, como dice Morello “(...) dando en todos los casos motivación razonable y plausible, embretado el juez por líneas maestras que se dibujan en este esquema: 1º) si los hechos, científicamente establecidos, no son contradichos o impugnados, vendrán a ser determinantes y, virtualmente, vinculante para los jueces; 2º) éstos deben valorar razonablemente dichas pruebas, en relación con las restantes, reconociendo, si correspondiere, el valor de prueba científica; y cuando se expida por el rechazo o la devaluación, esa decisión se sustentará en razones existentes y de entidad que así los justifiquen. Empero, será siempre el juez el que expresará la última palabra sobre la procedencia y el mérito de la prueba científica, porque sólo él es quien juzga y decide”¹⁴.

13 Taruffo, Michele, *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie año XXXVIII, n° 114, México, 2005, p. 1297.

14 Morello, *La prueba científica*, La Ley, 1999-C, 899.

8. Revisión de los criterios probatorios

La decisión adoptada sobre la base de las conclusiones elaboradas por una prueba científica hace cosa juzgada como cualquier otra sentencia. Sin embargo, el relevamiento esencial y la influencia preferente que tiene para incidir en el juez, supone que la convicción aportada ha sido bastante y convincente. En consecuencia, el principio general es la no revisión de la prueba, y la inimpugnabilidad de la sentencia, cuando queda consentida y ejecutoriada.

Pero ¿qué sucedería si el trabajo científico adoptado por su evidencia preponderante renueva y cambia las conclusiones ante nuevos hallazgos? ¿No sería revisable la sentencia?

Es evidente que el problema asienta en la naturaleza de la cosa juzgada, porque en cuestiones de estado, por ejemplo, las pruebas biológicas fueron variando su índice de certeza en proporciones que fueron en aumento desde las pruebas de histocompatibilidad

inmunogenética (HLA) hasta el reconocimiento actual hacia las pruebas de ADN.

Es cierto lo que afirma Marcelo Midón, al decir que “(...) en la vorágine del progreso y la tecnología, de dudas y experimentación, no es de profanos inferir que mañana, tal vez pasado, aparecerá una nueva técnica, más sobresaliente que las actuales... y cuando la verdad aparente es método generalizado y aceptado, debe ponerse coto cuando la ficción creada priva a alguien de aquello que compone su propia personalidad o compromete sus más elementales derechos. De lo contrario, so pretexto de conservar incólume el místico principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada, socavaríamos las bases sobre las que se apoya nuestro sistema. No tal solo pasaríamos por alto enhiestos derechos constitucionales o de jerarquía equiparada, léase el derecho a conocer la propia identidad (Convención sobre los derechos del niño, artículos 7 y 8), la dignidad, la libertad, el honor, etc., sino que además, por abdicar de la verdad, haríamos sucumbir a la buena administración de justicia que el Preámbulo (que la Corte dice operativo) impone  afianzar”¹⁵

15 Midón, Marcelo S., *Pericias biológicas*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, p. 217.

UNIDAD I: PRUEBA PERICIAL VS. PRUEBA CIENTIFICA

3. **TARUFFO, Michelle. "El conocimiento científico y estándares de prueba judicial". En: Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal. V.V.A.A. Sello Editorial Universidad de Medellín, 2005. Pag. 87**

Monografías Jurídicas Universitas

MICHELE TARUFFO

La Prueba, Artículos y Conferencias

EDITORIAL
i••etropolitana

ÍNDICE

ÍNDICE	5
PRESENTACIÓN	9
PROLOGO	11

TEMAS

AIGUNo.5 COMENTARIOS SOBRE IA VALORACIÓN DE IA PRUEBA	23
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE	
IA RELACIÓN ENTRE PRUEBA Y VERDAD	41
1. Enunciados fácticos	41
1.1. La construcción de los enunciados fácticos	45
2. El contexto procesal	51
3. La prueba	59
4. Prueba y verdad	67
INVESTIGACIÓN JUDICIAL Y	
PRODUCCIÓN DE PRUEBA POR LAS PARTES	73
1. Introducción	73
2. Factores que Influyen las Aproximaciones al Problema	75
3. Las Garantías Procesales de las Partes	79
4. La Búsqueda de la Verdad y El Rol Activo del Tribunal	80

5. Un Modelo para una Producción Probatoria equilibrada	84
CONOCIMIENTO CIENTÍFICO Y ESTÁNDARES DE PRUEBA JUDICIAL	87
1. Ciencia y Proceso. Aspectos Generales	87
1. Qué ciencia	90
2. Qué verdad procesal.	95
11. La Valoración de las Pruebas Científicas	99
1. La probabilidad prevalente	103
2. Racionalidad de la probabilidad prevalente	108
111. La Prueba más allá de cualquier Duda Razonable	112
IV. Estándares de Prueba y Conocimiento Científico	117
NARRATIVAS JUDICIALES	123
1. Credulidad o Incredulidad.	123
2. Narrativas	125
2.1. Un experimento mental	128
2.2. Narrativas y hechos	133
2.3. Story- tellers	138
3. Construyendo narraciones	150
4. Las partes y el todo	164
5. Buenas narraciones versus narraciones verdaderas	168
Bibliografía	177
RACIONALIDAD Y CRISIS DE LA LEY PROCF-JAL..	191
LAS FUNCIONES DE LAS CORTES SUPREMAS	205
1. Introducción	205

2. El modelo angloamericano	206
3. El modelo alemán	212
4. El modelo franco-italiano	216
5. Conclusiones	223
EL PROCESO CIVIL DE "COMMON LAW": LOS FUNDAMENTALES	227
1. Introducción	227
2. La crisis de los modelos tradicionales	231
3. La evolución de los modelos: los ordenamientos de "common law"	235
4. Los ordenamientos de "civil law"	241
5.- Tendencias de superación de la distinción	247
6.- Hacia nuevos modelos	252
PODERES PROBATORIOS DEL JUEZ EN EUROPA	265
1. Introducción	265
2. Tipología de los poderes de instrucción del juez	271
3. Implicancias ideológicas	279
4. Consideraciones finales	291

Don Michele Taruffo es considerado el más célebre procesalista de nuestros días.

Por eso fue para nosotros motivo de admiración la sencillez con que el Profesor, atendiendo a la desesperanzada consulta con que le manifestamos nuestro interés en publicar *sus* artículos, nos contestó simplemente que lo hiciéramos, y que le parecía muy bien.

Todavía nos cuesta creerlo, ver corroborado lo que siempre se dice: las almas más elevadas, los hombres más sabios, suelen ser los más sencillos.

Gracias Profesor, por su amabilidad, y una gran lección.

Así, hemos seleccionado estos artículos, cada uno de los cuales entrega muchas enseñanzas, no sólo en los campos en que se le busca a él, al autor, también en su gusto y facilidad por el relato ameno, el conocimiento de las cosas del diario vivir, y la universalidad que él siente y vive de la ciencia que profesa. Lo invitan a pronunciar una charla, y sus afirmaciones, que no dejan duda alguna, con el mismo aplomo y detalle que en un discurso escrito, nos levantan al ánimo, ante la confianza de la persona que cree en lo que dice, y así también corroboramos que, quien habla con seguridad, abre caminos nuevos.

Estos artículos han estado a disposición de los estudiosos en revistas on line e impresas, pero algunos son poco conocidos en América, no

obstante su gran valor. Lo que hicimos fue reunirlos y ofrecerlos a la consideración de nuestros lectores, en la certeza de que levantarán el interés por esta manera de estudiar el derecho procesal.

Presentamos estos nueve artículos, que cubren diferentes fases del derecho procesal en su momento más trascendente, que es cuando toca la realidad física como es, y se sustenta en ella misma, como hace el pintor con la obra que pinta en la tela después de elaborarla en su imaginación, y de ello resulta una creación concreta que se puede ver, palpar y admirar.

El lector apreciará su frescura, como si estos temas no se hubieran tratado antes, porque el procesalista va directamente al meollo del asunto y remueve facetas escondidas e inesperadas, de las cuales puede depender el éxito o el fracaso de la gestión.

Sin duda, el realismo mostrado por don Michele Taruffo, es lo que le ha permitido llegar tan lejos, y dejarnos constantemente asombrados con sus exposiciones. Pareciera decirnos que el derecho procesal se puede tocar, además, con las manos.

Los Editores

PROWGO
FRANCISCO JOSÉ PINOCHET CANTWELL~

Es para mí un honor presentar este libro del Profesor Michelle Taruffo, catedrático en Italia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pavía, de la cual es Profesor Ordinario de Derecho Procesal Civil y Director del Instituto de Procedimiento Civil Comparado de la misma Universidad, además de Profesor visitante en diversas e importantes Universidades como Cornell y Hastings, entre numerosas otras, y colaborador habitual en las revistas jurídicas de mayor difusión en el mundo.

Quienes hemos tenido la oportunidad de escucharlo, como fue el caso en nuestro país de aquellos que asistimos al seminario "La prueba de los hechos y la motivación de la sentencia: nuevas tendencias en materia procesal civil y laboral", que se realizó los días 28 y 29 de abril de 2008 en la Pontificia Universidad Católica de Chile, entendemos porqué su prestigio es tan acendrado como para llegar hasta los más vastos confines académicos. En efecto, su exposición docta y amena permite comprender en forma inmediata las razones por las cuales el Profesor Taruffo ha ganado a nivel mundial el prestigio que ostenta.

* Abogado. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ha sido Profesor de Derecho del Instituto de Economía de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Profesor de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de esta misma Universidad. En la actualidad es Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Profeso! de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Andrés Bello. Es Autor del libro "FJ Derecho de Internet".

La obra del Profesor Taruffo que presentamos, por primera vez editada en nuestro país, llega a este en el momento más oportuno. En efecto, esa obra será un refrescante aporte para el debate que actualmente se desarrolla, con motivo de la elaboración de un Ante Proyecto de Código Procesal Civil, del cual ya hay incluso un proyecto de ley presentado para su aprobación en el Congreso.

Este libro está dirigido a toda la comunidad académica, a los profesores de Derecho Procesal Civil, a sus alumnos, a los jueces, a los abogados, investigadores, miembros de Institutos de Derecho Procesal Civil y legisladores y a todos quienes deben tomar parte en este debate. Para todos ellos resulta necesario conocer la posición del Profesor Taruffo si se quiere poder tener una opinión seria en este debate.

En efecto, el presente libro recoge una serie de trabajos del Profesor Taruffo, que se refieren a uno de los aspectos más importantes del proceso como lo es la prueba. Es que, quizás después del principio de la bilateralidad de la audiencia, uno de los aspectos más esenciales del proceso, es la prueba, porque si existe un proceso es porque existe controversia y esta, a su vez, sólo pueden ser dirimida por el juez una vez acreditados los hechos que sirven de base a las pretensiones de cada parte.

De tal manera que la prueba, hace a la función esencial de la jurisdicción, como lo es aplicar el derecho en base a la verdad de los hechos acreditados en el proceso.

Entonces, que tengamos la oportunidad de conocer el pensamiento, de una de las mentes más destacadas en el campo de la prueba, es un privilegio para el lector.

Y resulta notable, por decir lo menos, que podamos constatar, directamente de su fuente, el pensamiento del Profesor Taruffo, evitando

el camino más largo de conocer su obra a través de la doctrina nacional y extranjera que, recurrentemente, cita su obra.

Entre estos temas, cuyo estudio resulta imprescindible, está el de la búsqueda de la verdad en el proceso. Para una parte importante de la doctrina, existen en el proceso dos verdades: una verdad exclusivamente "formal" o "legal" que es la verdad a la cual se puede aspirar y que se alcanza en el proceso, y una verdad "empírica", "histórica" o "material" que existe y puede ser establecida fuera del proceso, pero que resulta inalcanzable para el juez.

Para el autor, esta 'duplicación' de conceptos de verdad es inútil y equivocada, porque no es cierto que en el ámbito del proceso se persiga una verdad cualitativamente distinta de aquella que existiría fuera del proceso. Lo que se persigue en el proceso es la mejor aproximación posible, basada en las pruebas que estén disponibles en el caso concreto, a la verdad "histórica" o "empírica" de los hechos.

Adara también que esta verdad histórica o empírica, a su vez, no existe "en algún lugar extraño y lejos del proceso. Es, más bien, una suerte de ideal regulativo, un punto de referencia hacia el que se orienta la actividad de quien, en el proceso o fuera del mismo, tiene la función de averiguar los hechos", demostrando así, con claridad, el concepto de verdad procesal al cual debemos aspirar.

En consecuencia, no se trata de una verdad absoluta, sino de una verdad ligada al proceso, a la cantidad y calidad de las pruebas. Como el proceso tiene como finalidad la obtención de decisiones justas y la calidad de la decisión es importante, es vital verificar la veracidad de los hechos.

Por otra parte, en esta búsqueda de la verdad, el Profesor Taruffo plantea una posición propia, proponiendo un rol activo para el juez en

dicha tarea ya que, en su concepto, la iniciativa de las partes puede no ser suficiente para conducir al tribunal al hallazgo de la verdad de todos los hechos relevantes.

Con gran seguridad, y señalando que su opinión difiere de un importante sector de la doctrina, estima que nada asegura que el choque libre de las actividades probatorias en competencia de las partes hará, por sí solo, que el tribunal encuentre la verdad. De hecho, sostiene, "nadie puede razonablemente suponer que la verdad se encuentre, por definición, "contenida" en las aseveraciones de las partes, y que ella se verá develada únicamente en virtud de su afán competitivo". Incluso, "las partes pueden tener intereses convergentes en no desarrollar, respecto de los hechos relevantes, un análisis completo o una prueba global, o incluso más, pueden tenerlo en esconder algunos hechos de los ojos del tribunal".

Pero estas no son las únicas razones que justifican un activo rol del juez en la búsqueda de la verdad. Con razón señala el autor que "a menudo los litigantes no están en condiciones iguales o, al menos, comparables desde el punto de vista cultural y económico: los recursos de una parte pueden ser limitados, es decir, puede haber una parte "débil" (el trabajador, el consumidor, el pobre), que no está capacitada para realizar un uso efectivo de sus derechos procesales y, en particular, de su derecho a la prueba".

Para el Profesor Taruffo, el "peligro concreto es que la "verdad" sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante". Entonces, marcando una clara diferenciación de otras soluciones doctrinarias, el autor aboga por proveer a los tribunales con un rol activo en la clarificación y en la definición apropiada de las materias de hecho, y en la producción de prueba de propia iniciativa del tribunal, mucho más allá de la prueba

presentada por las partes, para lo cual, los tribunales son investidos con todas las facultades activas necesarias para jugar este papel.

Pero no es esta la única postura doctrinaria del autor, que resulta de particular interés analizar a la luz de las reformas procesales que vive nuestro país. Este libro va aún más allá. En efecto, existiendo ya un consenso generalizado en nuestro país, de que esta Reforma Procesal Civil debe fundarse en cuatro pilares fundamentales, como son la oralidad, la inmediación, la concentración y la publicidad, hemos de admitir que estamos recién familiarizándonos con los aspectos teóricos y las repercusiones prácticas de estos principios.

Hemos tenido la fortuna de conocer estos principios a través de nuestro actual sistema procesal penal, cuya implementación en los últimos años constituye sin duda uno de los avances más importantes en el Estado de Derecho en nuestro país, al punto que podemos decir que por fin existe un *due process of law* en esta área.

La inmediación y la oralidad, también han sido conocidas gracias a una reforma a nuestros tribunales de familia, la cual ha tenido algunas falencias en su implementación, que han opacado su brillo en el avance en esta rama del derecho. Sin embargo, nada de esto le ha restado mérito a la inmediación y a la oralidad en los procedimientos de familia.

A todo esto, agreguemos que la inmediación y la oralidad se inauguran también en los procedimientos laborales, encontrándonos aún expectantes de los beneficios que traerá a esta área del derecho, sólo porque la aplicación de esta reforma ha sido prevista en forma gradual y aún no rige en todo el territorio de nuestra República.

Entonces, nada resulta más pertinente que referirse a estos principios como ocurre en este libro, con el mérito de que el Profesor Taruffo lo

hace desde un ángulo distinto, con un aporte novedoso a la literatura y doctrina que ya conocemos sobre el particular.

Es así como, a propósito de la sana crítica, el autor aborda aspectos de la inmediación que, por su contundencia, necesitamos referir brevemente. Sostiene que no hay ninguna razón válida para pensar que cuando el juez entra en contacto inmediato con la prueba, por ejemplo, escuchando a un testigo, "sea transportado irremediabilmente a una dimensión irracional en la que sólo hay espacio para sus reacciones interiores e individuales", como lo son el comportamiento del testigo, su modo de expresarse y de moverse, sus inflexiones de voz, etc. Este es el aspecto más incierto y peligroso de la valoración de la prueba -advierte el autor- del cual el propio juez debe desconfiar asumiendo una actitud de distancia crítica.

Es decir, el juez debe extraer, de su contacto directo con la prueba, "los factores epistémicamente aceptables". Luego, sobre la base de estos "datos", debe construir "inferencias racionales, fundadas sobre reglas o estándares de valoración que deben ser claramente identificables", principalmente por el propio juez que los usa.

Siguiendo con la explicación de la obra que presentamos, debe destacarse también, el análisis que realiza el autor de los sistemas procesales civiles de civil law y de common law, poniendo término a las tradicionales contraposiciones que la doctrina acostumbra utilizar para la explicación de las diferencias fundamentales existentes entre un modelo y otro. Por el contrario, el autor efectúa una aproximación entre ambos sistemas, logrando demostrar algunas de las similitudes que existen entre estos, diferenciándose así, de los análisis que se han venido formulando tradicionalmente en la materia.

Con gran claridad, el autor derriba mitos como el de la contraposición entre oralidad y escritura, según la cual el proceso de common law sería un proceso esencialmente oral, mientras que el proceso de civil law sería un proceso esencialmente escrito. Con acierto afirma el Profesor Taruffo que la distinción entre proceso oral y proceso escrito, nunca ha representado, y no representa hoy, la distinción entre proceso de common law y proceso de civil law.

Por una parte, es fácil observar que el proceso de common law considera numerosos actos escritos, probablemente no menos numerosos de aquéllos con los cuales se desarrolla un proceso de civil law. Esta tendencia se ha venido reforzando en la evolución más reciente. Además de esto, el empleo de pruebas escritas, tampoco es menos frecuente en el common law que en el civil law, a pesar de profundas diferencias que atañen a otros aspectos del derecho probatorio.

"

En seguida, -recordándonos de paso que ningún modelo de oralidad extremo es bueno- señala que en varios ordenamientos de civil law, se aprecian importantísimos elementos de oralidad, que se encuentran, por ejemplo, "en las distintas formas de discusión oral, preliminar y conclusiva, de la causa, en la asunción oral de las pruebas en la audiencia, y en el pronunciamiento oral de la decisión que viene prevista en varios casos".

Esta afirmación no puede ser más clara en el caso de Chile, donde nuestro procedimiento escrito ha previsto desde siempre, la oralidad en la etapa de contestación en el juicio sumario -fase de discusión- en la forma de rendir pruebas la prueba testimonial y confesional. La práctica inveterada de presentar minutas escritas en estos actos o la envejecida forma de levantar el acta de tales medios de prueba, no obstante la posibilidad existente desde hace décadas, de sustituirlas por grabaciones de audio digital, no significa que las normas que imponen la oralidad,

estén abrogadas. Se trata, simplemente, de un no uso consuetudinario que, ya sabemos, no deroga el Derecho.

La importancia de este análisis, radica justamente en la necesidad de poder acercarnos a las instituciones del common law con total tranquilidad, para buscar elementos que podamos incorporar a nuestra reforma procesal civil.

En seguida, debemos mencionar que la obra se ocupa de la determinación de la naturaleza y de la función de la motivación de la sentencia. Para el profesor Taruffo, la concepción según la cual el juez no puede motivar su valoración de la prueba, porque no puede expresar sus estados emotivos íntimos y profundos, se funda en una equivocada percepción de la misma.

Este análisis resulta particularmente relevante, ya que el sistema de valoración de la prueba contemplado en la Reforma Procesal Civil, será, siguiendo la tendencia en resto de las reformas procesales de nuestro país, el de la sana crítica.

Qué tranquilizador resulta, entonces, leer al Profesor Taruffo cuando señala "que la motivación no es y no puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente o en el alma del juez cuando ha valorado la prueba. Las normas que exigen la motivación de la sentencia no reclaman que el juez se confiese reconstruyendo y expresando cuáles han sido los recorridos de su espíritu. Estas normas, por el contrario, le imponen justificar su decisión, exponiendo las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas y aceptables", aclarando que "los procesos psicológicos del juez, sus reacciones íntimas y sus estados psicológicos de conciencia no le interesan a nadie: lo que interesa es que se justifique su decisión con buenos argumentos".

Finalmente, el libro que presentamos trae un material valiosísimo para lo que debe ser la reforma necesariamente complementaria al procedimiento civil, como lo es la reforma orgánica de nuestros tribunales, particularmente, el de la redefinición del actual rol de la Corte Suprema de nuestro país. En esta parte, que obviamente se aleja del análisis del ámbito de la prueba -que es el objeto central de este libro- el autor *se adentra* en la difícil tarea de intentar definir la función de una Corte Suprema en un sistema procesal civil.

Como sabemos, según una tradición que se remonta esencialmente a Calamandrei y a su fundamental estudio sobre la Casación, "una corte suprema desarrolla dos funciones fundamentales: efectúa ante todo un control de legalidad sobre las decisiones emanadas de los jueces inferiores, y además opera en el sentido de asegurar la potencial uniformidad de la jurisprudencia, tanto propia, como de los órganos jurisdiccionales de nivel inferior". Pues bien, el Profesor Taruffo nos describe con singular talento la situación que acontece en las cortes supremas del common law, que utilizan para desarrollar sus funciones, el precedente judicial.

El autor, estima, entre muchas otras cuestiones, que "es la eficacia del precedente de las sentencias de estas cortes, el factor que "expande" el ámbito de aplicación sucesiva de la solución que la corte ha dado a una cuestión de derecho, indicando tal solución como criterio tendencialmente uniforme *de* interpretación de la ley", observando que -contrariamente a lo que a menudo se sostiene- el precedente no es formalmente vinculante ni siquiera en los sistemas del common law, por lo cual es oportuno hablar de eficacia o de "fuerza" persuasiva de este precedente", en lugar de hablar de su carácter vinculante.

En fin, esta breve introducción sólo ha pretendido mostrar al lector, con suma rapidez, aquellos aspectos esenciales del libro que sin duda lo harán, ávidamente, sumirse en la lectura de esta obra apasionante. Para esto hemos seguido muy fielmente el tenor de la obra, a fin de no desvirtuar la claridad de las explicaciones de su autor.

Sólo nos queda felicitar a la Editorial Metropolitana por la espléndida idea de publicar en Chile, esta obra del Profesor Michelle Taruffo, la que constituye una lectura indispensable para todos quienes según señalamos en las palabras iniciales de este prologo están vinculados a la Reforma Procesal Civil que estamos comenzando, pero, particularmente, para los amantes del Derecho Procesal.

Santiago, Mayo de 2008

TEMAS

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA
VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Al leer las contribuciones de Perfecto Andrés Ibáñez, de Marina Gascón Abellán y de Andrés Bouzat y Alejandro S. Cantaro, encuentro con agrado una convergencia sustancial con las tesis de fondo que he expuesto tanto en el artículo que es objeto de esta discusión como, de una manera más amplia y en profundidad, en otros escritos míos",

Me enfrento, por tanto, más que a objeciones o críticas, a una serie de estimulantes reflexiones que me inducen a profundizar, y quizás también a aclarar, algunos aspectos de mi pensamiento. Para hacer esto me parece oportuno, con el fin de evitar repeticiones, no comentar detalladamente aquello que cada uno de los autores ha escrito, sino concentrar la atención sobre los problemas más importantes que han puesto de manifiesto.

1. Una cuestión que destaca en gran medida, especialmente en las consideraciones de Perfecto Andrés Ibáñez y de Marina Gascón Abellán, se refiere a la *inmediación* del contacto del juez con la prueba y la concepción según la cual el juez se formaría sobre la prueba una "íntima convicción" subjetiva y no susceptible de ser racionalizada que, en cuanto tal, no podría ni ser expresada ni justificada en la motivación de la sentencia.

Mi opinión, al respecto, coincide sustancialmente con la expresada por mis dos amigos, en el sentido de que esta orientación está radicalmente

equivocada y se funda en una serie de errores y equívocos. Trataré aquí de indicar algunos.

Ante todo, queda excluido -en el plano teórico general- que la discrecionalidad de la valoración que el juez realiza acerca de la credibilidad y la eficacia de la prueba, coincida necesariamente con un arbitrio subjetivo, irracional e incontrolable. Una tendencia de este tipo está presente en la cultura europea, bajo el influjo de la concepción francesa de la *intime conviction*, entendida como persuasión subjetiva, intuitiva y fundada en reacciones psicológicas e incluso emotivas del juez, y más en general, por la influencia de concepciones psicologistas e irracionalistas de la decisión judicial. Sin embargo, esto no demuestra que esta tendencia esté fundada. De hecho, existen otras concepciones del "libre convencimiento" del juez que no tienen estas implicaciones subjetivistas sino que, por el contrario, van en la dirección de un convencimiento racional que el juez debe formarse sobre la base de la prueba. Este es el caso, por ejemplo, de la *freire beweiswürdigung*, orientada hacia la determinación de la verdad de los hechos, de la que habla el §286 de la *Zivilprozessordnung* alemana, y el de las distintas concepciones del razonamiento probatorio que utilizan modelos de tipo probabilístico!",

En España, las referencias a las reglas de la sana crítica que se encuentran en varias normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 (véanse, por ejemplo, los artículos 316.2, 348 y 376) no remiten a las reacciones subjetivas del juez, sino a la aplicación de "reglas" que deberían fundar un razonamiento cognoscitivo y lógicamente correcto.

Por otra parte, no hay ninguna razón válida para pensar que, cuando el juez entra en contacto inmediato con la prueba, por ejemplo, escuchando a un testigo, sea transportado irremediablemente a una dimensión irracional en la que sólo hay espacio para sus reacciones

interiores e individuales. Ciertamente, el juez que escucha a un testigo está expuesto a impresiones inmediatas que pueden ser provocadas por el comportamiento del testigo (su modo de expresarse y de moverse, las expresiones del rostro, el tono y las inflexiones de la voz, etc.). Puede también suceder que estas impresiones influyan en el ánimo del juez cuando deba valorar la fiabilidad del testigo y de su declaración. Sin embargo, éste es el aspecto más incierto y peligroso de la valoración de la prueba, del cual el propio juez debe desconfiar, asumiendo una actitud de distancia crítica, más que dejarse envolver emocionalmente por él. Por un lado, se encuentra el peligro de que el juez use, en la interpretación, el comportamiento del testigo, criterio psicológico sin fundamento extraído de un sentido común que, en realidad, está lleno de errores y de prejuicios: el juez que actúa como psicólogo sin una adecuada formación específica, y que usa la psicología barata de los semanarios populares, corre riesgo de cometer errores burdos y sustanciales. Los estudios sobre la psicología de las declaraciones testificales muestran que se trata de un fenómeno extremadamente complejo y difícil de interpretar, y que la credibilidad del testigo puede ser evaluada sólo teniendo en cuenta una serie de factores relevantes relativos al funcionamiento de la memoria y las modalidades de reconstrucción de los hechos percibidos por el testigo". Por otro lado, es evidente que si el juez se deja llevar por sus reacciones emocionales a la búsqueda de una "Intima" convicción inefable e inexplicable, no hace otra cosa que convertir su valoración en puro arbitrio.

El necesario distanciamiento que debe llevar al juez" a "desprenderse de sí mismo" y a "observarse desde fuera" para seleccionar, entre los *inputs* que provienen del contacto inmediato con la prueba, aquellos que pueden tener algún valor cognoscitivo sobre la base de criterios intersubjetivamente aceptados o aceptables y posiblemente fundados en el plano del análisis psicológico, separándolos de aquellos

que no tienen este valor y que por ello permanecen dentro de la esfera de las reacciones emotivas estrictamente individuales y no tiene ningún significado intersubjetivo. Los primeros *inputs* son usados como premisas para inferencias que permiten derivar conclusiones racionalmente justificadas acerca de la credibilidad de los testigos y, por tanto, acerca de la fiabilidad de sus declaraciones. Los *inputs* del segundo tipo son eliminados y excluidos de la valoración que el juez hace sobre la fiabilidad de la prueba: precisamente porque se trata de reacciones psicológicas del juez que no racionaliza de acuerdo con criterios intersubjetivamente aceptables, no pueden y no deben inferir o influir en esta valoración. No nos gustaría que nuestro médico formulase su diagnóstico fundándose en sus propias reacciones "íntimas" provocadas por la presencia del paciente, más que informaciones controladas y objetivamente atendibles de acuerdo con los criterios de la ciencia médica. De la misma manera, no podemos admitir que el juez decida exclusivamente sobre la base, intuitiva e irreflexiva, de sus emociones individuales.

Todo esto equivale a decir que el juez tiene el deber preciso *de* extraer, de su contacto directo con la prueba, los factores epistémicamente aceptables. A continuación, sobre la base de estos "datos", debe construir inferencias racionales, fundadas sobre reglas o estándares de valoración que deben ser claramente identificables, sobre todo por el propio juez que los usa. En cierto sentido, lo que no puede ser racionalmente elaborado, *no existe* los efectos de la correcta valoración de la prueba.

Esto remite a otro problema, que aquí no puede ser adecuadamente discutido pero que debe ser mencionado: el de los criterios con los que el juez debe formular las inferencias en las que se articula su razonamiento. Dejando aparte los casos -por lo demás poco frecuentes- en los que es posible servirse de conocimientos científicos, 'el juez sólo puede remitirse

al sentido común, a la cultura media y a los conocimientos fundados sobre la experiencia común.

No obstante, también en este aspecto del razonamiento del juez existen muchas posibilidades de error. De un lado, el juez no puede hacer otra cosa que recurrir a este pseudo-conocimiento. Sin embargo, de otro lado, el sentido común y la experiencia generan informaciones no controladas, nociones sin fundamento y a menudo falsas, pseudos-reglas extraídas en realidad de errores y prejuicios (muchos están todavía convencidos que el Sol gira en torno a la tierra)?'. Esto implica que el juez debe someter a control crítico no sólo los *inputs* que extrae del contacto directo con la prueba, sino también las reglas y los estándares que usa para interpretar estos *inputs* y para obtener inferencias a partir de ellos. Es más, el discurso puede ser invertido: frente a las impresiones que le llegan del contacto con la prueba, el juez debe encontrar, en el repertorio de *background knowledges* que le ofrece la cultura media, estándares creíbles e intersubjetivamente aceptables con los que podrá seleccionar e interpretar los elementos cognoscitivos que le proporciona la prueba. Sólo los elementos que tienen sentido de acuerdo con criterios aceptables de conocimiento que pueden ser usados como base para las inferencias en la que se articula el razonamiento del juez sobre la prueba. Todo el resto, como ya se ha dicho, es *tamquam non esset* y debe quedar excluido de la decisión del juez sobre los hechos.

2. En el plano de la teoría de la prueba y de la decisión, me ha parecido útil e interesante la identificación, hecha por Marina Gascón Abellán, de la tendencia que es acertadamente designada como *cognoscitivism acrítico*. Este es un buen modo de describir la orientación que, por un lado, desvincula la valoración de la prueba de cualquier criterio racionalmente aceptable de conocimiento de los hechos y, por otro lado, paradójicamente, funda la decisión del juez sobre certezas absolutas que serían incontrovertibles porque representarían el resultado de

«estados de conciencia" que se forman en las interiores e inescrutables profundidades del ánimo del juez. Se trata, ciertamente, como dice Marina, de una *perversión ideológica* de la concepción cognoscitiva o episrémica de la pueba, que trata de fundar una pretendida "convicción cierta" sobre una suerte de intuiciones psicológicas (a veces designadas con nombres enfáticos, como "certeza moral") que no tiene nada que ver con lo que usualmente se entiende por conocer un hecho. Sobre este punto se limitó a subrayar que desde el punto de vista del método se trata de una concepción que parece tan ambigua (y quizá precisamente por ello tan difundida) como *radicalmente equivocada*. El error de base es siempre el mismo, y consiste en pensar que el conocimiento de los hechos en el proceso, a diferencia del conocimiento que se obtiene fuera del proceso, en todos los otros campos de la experiencia, no puede ser otro que el resultado de intuiciones irracionales del sujeto que juzga, y que, precisamente, por esta razón se trata de un conocimiento no criticable y que escapa de cualquier control y de toda verificación y falsación.

3. El tema del conocimiento de los hechos en el proceso me lleva a hacer algunas consideraciones sobre la verdad judicial de los hechos. En relación con esto, debo subrayar que yo también soy de la opinión de que el proceso no es un contexto en el que se alcancen verdades absolutas e incontrovertibles (como quizá sucede en la teología y en la metafísica), mucho menos *si* se pretende que estas verdades se funden en estados de conciencia del juez personales e irracionales. Por el contrario, el proceso es un ámbito en el cual, en el mejor de los casos, se obtienen verdades relativas, contextuales, aproximadas, aunque derivadas racionalmente de las pruebas que están a disposición en cada caso particular. De esta premisa de carácter muy general se derivan ciertas consecuencias de algún interés.

En primer lugar, resulta bien fundada la tesis recientemente ilustrada por Jordi Ferrer Beltrán ^(c) según la cual puede ser "tenido por verdadero" aquello que resulta probado, y en la medida que resulta probado. En consecuencia, aunque es necesario que la decisión se funde en la mejor aproximación posible a la realidad empírica de los hechos, es inevitable que se trate, en todo caso, de una aproximación "relativa", en función de la expresión y de la utilidad epistémica *de* las pruebas disponibles?. Esto abre también la posibilidad de que la decisión pueda fundamentarse en una determinación de los hechos no verdadera, o sobre una aproximación no adecuada, a los hechos del caso, en el supuesto de que las normas jurídicas (como las reglas de prueba legal) o la insuficiencia de elementos probatorios (quizá porque se han excluido pruebas relevantes de acuerdo con normas de inadmisibilidad) llevan al juez a adoptar una decisión que no es conforme a la realidad empírica de los hechos",

Todo esto, no obstante, no convierte en válida y aceptable la opinión, muy difundida en la doctrina procesalista de varios países, según la cual existirían a lo menos *dos* verdades: una verdad exclusivamente "formal" o "legal" que se alcanza en todo caso en el proceso, y una verdad "empírica", "histórica" o "material" que existiría y podría ser establecida fuera del proceso, pero que es inalcanzable por definición para el juez. Esta duplicación de conceptos de verdad, es inútil y equivocada", porque no es verdad que en el ámbito del proceso se persiga una verdad cualitativamente distinta de aquella que existiría en cualquier ámbito fuera del proceso. Lo que se persigue en el proceso es la mejor aproximación posible, basada en las pruebas que estén disponibles en el caso concreto, a la verdad "histórica" o "empírica" de los hechos. Esta verdad histórica o empírica, a su vez, no "existe por sí misma" en algún lugar extraño y lejos del proceso. Es, más bien, una suerte de ideal regulativo, un punto de referencia hacia el que se orienta la actividad de

quien, en el proceso o fuera del mismo, tiene la función de averiguar los hechos. Por usar una metáfora fácil, puedo no llegar al Polo Sur, pero, si quiero ir a la Tierra del Fuego, debo saber en qué dirección moverme, si deseo actuar racionalmente y llegar a mi objetivo, y para esto me sirve saber dónde se encuentra el Polo Sur.

El argumento, usado a menudo, de que en el proceso no se puede establecer la verdad "plena" de los hechos debido a los límites legales (esto es: normas que excluyen pruebas relevantes) o prácticos (esto es: límites de tiempo y de recursos) que caracterizan la determinación judicial de los hechos, no prueba en absoluto lo contrario de lo que he dicho, sino que más bien lo confirma. Sólo prueba lo que *es* obvio y nadie discute, esto *es*, que el proceso es un contexto de búsqueda y aproximación a la verdad que tiene reglas y límites propios, como sucede en el resto de contextos prácticos en los que se averiguan hechos"?. En definitiva, este argumento no dice nada distinto de lo que se dice cuando se observa que la verdad (como prueba de los hechos) que se puede conseguir en el proceso, es relativa y contextual, y por tanto no puede ser otra que una aproximación mejor o peor a la realidad empírica de los hechos que son determinados.

La concepción que se funda en la relatividad contextual de la verdad judicial pero también en su tendencia a reflejar en alguna medida la realidad empírica de los hechos, tiene la ventaja de permitir la comparación y la valoración crítica de los distintos sistemas procesales, desde el punto de vista de su capacidad para facilitar mejores o peores aproximaciones a la realidad por parte del juez: un proceso que contenga, por ejemplo, varias reglas de prueba legal y varias reglas de exclusión de pruebas lógicamente relevantes, permite una aproximación a la realidad peor que la que puede haber en un proceso sin pruebas legales y en que todas las pruebas relevantes son admisibles.

Esta concepción de la verdad judicial, como aproximación a la realidad de los hechos, variable de acuerdo con los contextos procesales que se tomen en consideración, me da la posibilidad de aclarar mi posición sobre un punto discutido por Andrés Bouzar y Alejandro S. Cantaro. Se trata de la distinción entre decisión "justa", en cuanto fundada en la verdad de los hechos, pero no sería alcanzable en el proceso, y decisión "justificada", en cuanto fundada en una aproximación relativa y contextual que es la única que puede conseguirse en el proceso. Esta distinción tiene, en mi opinión, el inconveniente de reproducir -aunque de manera metodológicamente más sofisticada- el argumento de la "doble verdad" que he criticado. Por otro lado, en el trabajo en que desarrollé de manera más amplia la tesis de que la veracidad de la determinación de los hechos es una de las condiciones necesarias para la justicia de la decisión¹¹, especifiqué que en los casos concretos esta condición (como también las otras: la corrección del proceso y las interpretación adecuada de las normas) puede presentarse en distintos grados o niveles de intensidad, en función del grado de aproximación a la realidad que se produzca en cada caso específico. Concluía mi análisis proponiendo una definición de la justicia de la decisión, como un algoritmo o combinación de los grados en los que se dan las tres condiciones necesarias de la decisión justa, y subrayaba que la decisión singular puede ser calificada como "más o menos justa" en función de tal algoritmo o combinación, es decir, en función de los grados en los cuales estén presente las condiciones de la justicia, y puede ser calificada de injusta cuando una de tales condiciones (o más de una) se presenta en un grado inadecuado¹². En este planteamiento, que todavía creo convincente, se pueden admitir ideas no relativas de justicia y de verdad, pero sólo para indicar el punto teórico en el cual todo el algoritmo, o su componente referida a la determinación de los hechos, alcanzan los valores teóricamente máximos. La decisión en grado máximo o absolutamente justa, sería, por tanto, aquella en la

cual todas las condiciones de justicia se presentan en el grado ideal y la decisión "verdadera" sería aquella en la cual los hechos se conocen con certeza absoluta. De esta manera, por otra parte, se define un ideal teórico, que puede servir de referente regulativo o de límite, pero que no es concretamente alcanzable en los procesos del mundo real.

Por otra parte, si se continua esta perspectiva de análisis, la diferencia entre "grados de justicia" de la decisión y decisión "justificada" aparece sólo como una diferencia en el uso de los términos "justo" y "justificado": el primero, se refiere al límite teórico hacia el que tiende a aproximarse la decisión, mientras que el segundo, indica la situación práctica en el que se encuentra una decisión relativamente justa.

4. Otro punto importante, que merece algunas reflexiones adicionales, es el relativo a la justificación del juicio de hecho y de la valoración de la prueba en la motivación de la sentencia.

En relación con esto, quisiera destacar que las concepciones irracionalistas de la valoración de la prueba, de las que ya he hablado antes, cometen nuevos errores y mantienen nuevamente posiciones insostenibles, al excluir la posibilidad de que la valoración de la prueba se justifique con argumentaciones racionales que el juez tiene el deber de exponer en la sentencia.

Entre las varias posibles, quisiera plantear dos objeciones que en mi opinión son fundamentales y suficientes para privar de toda validez a la concepción mencionada: una objeción tiene carácter teórico y la otra es de naturaleza político-jurídica.

La objeción teórica se refiere a la determinación de la naturaleza y de la función de la motivación de la sentencia. La concepción según la cual el juez no puede motivar su valoración de la prueba porque no puede

apresar sus estados emotivos íntimos y profundos, se funda en una concepción equivocada de la motivación. Según esta idea, la motivación de la sentencia sería una especie de informe, diario o registro del *iter* psicológico, que el juez ha recorrido para llegar a la decisión sobre los hechos: y dado que este *iter* no puede dejar de ser misterioso y quedar sepultado en los estratos profundos de la conciencia del juez, entonces éste no podría motivar su propio convencimiento sobre los hechos.

La realidad es que la motivación *no es y no puede ser* un relato de lo que ha sucedido en la mente o en el alma del juez cuando ha valorado la prueba!", Las normas que exigen la motivación de la sentencia no reclaman que el juez se confiese reconstruyendo y expresando cuáles han sido los recorridos de su espíritu. Estas normas, por el contrario, le imponen *justificar* su decisión, exponiendo las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e innersubjetivamente "correctas" y aceptables(14). Para decirlo de manera sintética: los procesos psicológicos del juez, sus reacciones íntimas y sus estados individuales de conciencia no le interesan a nadie: lo que interesa es que se justifique su decisión con buenos argumentos.

Naturalmente, esto no excluye *a priori* que, entre el razonamiento decisorio -con el que el juez valora la prueba y formula la decisión sobre los hechos- y el razonamiento justificativo -con el que el juez motiva la decisión-, pueden existir correspondencias y analogías. Por un lado, el juez que sabe que debe justificar racionalmente la decisión estará probablemente inclinado a valorar la prueba racionalmente y de acuerdo con criterio objetivos, en lugar de dejarse llevar por su subjetividad incontrolada; por otro lado, el juez que motiva justificando su decisión, puede perfectamente hacer uso de criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de llegar a una decisión. Sin embargo, las dos fases del razonamiento del juez, la

decisoria y la justificatoria, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, estando la primera orientada a construir la decisión y la segunda a presentar la decisión como justificada sobre la base de buenos argumentos (IS). Pensar que las dos fases del razonamiento coinciden y que la segunda no es otra cosa que la anotación de la primera, es irremediamente un error que sólo puede cometer quien no conoce y no quiere conocer la realidad de las decisiones judiciales. De esto se sigue que cualquiera que sea el modo como el juez valore la prueba y formula la decisión sobre los hechos, no puede excluirse en absoluto que pueda y, por tanto, deba presentar argumentos racionales para sostener y justificar las decisiones a las que ha llegado sobre las bases de la prueba. Llevando al límite el argumento: incluso en el caso *de* que se admitiese (lo que es necesario excluir por las razones ya expuestas) que el acto de la valoración de la prueba sea un acto irracional, esto no le impediría al juez encontrar argumentos racionalmente aceptables para fundar *ex post* su decisión; como ya he dicho, a nadie se le reclama que exponga en público sus sensaciones y emociones; lo que se le reclama es otra cosa, esto *es*, que presente argumentos que legitimen -por decirlo así- hacia fuera la decisión que ha tomado.

Ahora podemos pasar a la objeción jurídico-política que puede dirigirse a la tesis en discusión. La objeción se basa en la función de la motivación y en las razones por las que está prevista como obligatoria, a veces incluso en normas constitucionales. Esta función presenta dos aspectos principales que es útil distinguir. Por un lado, se puede hablar de función *endoprocesal* para aludir al hecho de que la motivación sirve, dentro del proceso, para facilitar a las partes la impugnación de la sentencia y hacer posible que el juez superior pueda ejercer el control de las razones de la decisión dictada por el juez inferior. Por otro lado, se puede hablar de función *extraprocesal* de la motivación, para indicar que ésta sirve para hacer posible, al menos potencialmente, un control

externo de las razones que el juez expresa como fundamento de su decisión(16). Por control *externo* se entiende el control que debe ser posible por parte de la opinión pública y del ambiente social en la que se inserta la decisión: en este sentido, la obligación de motivar cumple un papel de garantía fundamental de la corrección de la manera como el juez ejerce el poder decisorio del que dispone. Sea en el plano histórico, sea en el de las garantías fundamentales del proceso, la obligación de motivar está directamente conectada con la concepción democrática del poder: es democrático el poder "que se justifica", esto es, que permite a los ciudadanos valorar si ha sido usado de modo correcto y comparcible; es absoluto y antidemocrático el poder "que no se justifica", esto es, que no da razón de las decisiones propias y que, por tanto, escapa de cualquier control social. El juez que no justifica sus propias decisiones de la motivación de la sentencia ejerce el poder del que dispone de manera arbitraria y sustancialmente antidemocrática y viola una de las garantías fundamentales del proceso, precisamente en la medida en que se sustrae el control externo de las razones por las que ha usado su poder de un modo determinado. El juez que ejerce democráticamente el poder del que dispone, justifica sus propias elecciones exponiendo, en la motivación de la sentencia, las razones por las que ha adoptado esa decisión, y hace así posible el control crítico difuso sobre la manera como ha ejercitado su poder. La función extraprocesal de la motivación representa un aspecto muy importante de lo que Yeray Wróblewski ha llamado felizmente *ideología legal-racional* de la decisión judicial, que caracteriza a los sistemas más evolucionados de administración de la justicia(17): es claro, en efecto, que a través de la motivación el juez demuestra la solidez, la legitimidad y la racionalidad de las decisiones.

Estas consideraciones son adecuadas para todos los aspectos de la decisión judicial, pero lo son de un modo particular en lo que se refiere al juicio sobre los hechos y la valoración de la prueba. De hecho, así

como no puede hablarse de decisión justa (o justificada) si falta una determinación verdadera de los hechos de la causa, del mismo modo no se puede hablar de una decisión motivada si el juez no indica específicamente, y mediante argumentos racionalmente articulados, las bases cognoscitivas, los criterios de valoración y las inferencias que justifican su valoración de la prueba y el juicio final que deriva de esta valoración. La falta de una adecuada motivación de estos aspectos esenciales de la decisión, no implica solamente un ejercicio arbitrario del poder por parte del juez, sino que implica también la violación de una de las garantías fundamentales de la administración de la justicia.

5. Muchos aspectos de las contribuciones a esta discusión se refieren, en concreto, a problemas de prueba y decisión en el proceso penal, y esto exige, me parece, algunas consideraciones adicionales. Por una parte, en efecto, es verdad que muchos de los discursos que se hacen a propósito de la valoración de la prueba y del juicio sobre los hechos, valen tanto para el proceso civil como para el penal y cualquier otro tipo de proceso. Sin embargo, por otra parte, deben tenerse en cuenta algunas características específicas que distinguen al proceso penal del civil.

Uno de estos factores específicos es el desequilibrio sistemático que existe entre las partes del proceso penal, y que condiciona la decisión en función de la presunción de inocencia del acusado. Se trata, como es sabido, de una regla de juicio, de acuerdo con la cual el juez debe resolver *pro reo* la eventual duda que subsista cuando todas las pruebas hayan sido tenidas en cuenta, lo que introduce una distorsión estructural en el criterio de decisión. Naturalmente, al hablar de "desequilibrio" y "distorsión", no quiero sugerir una valoración negativa sobre la presunción de inocencia: pretendo decir que sólo en el proceso penal existe una presunción sistemática favorable a una de las partes, mientras no existe nada igual en el proceso civil, en el cual las partes se sitúan

sistemáticamente en el mismo nivel, y la eventualidad de la ausencia o insuficiente prueba de un hecho que se resuelve -de acuerdo con las reglas generales sobre la carga de la prueba- con la derrota de la parte que había alegado ese hecho. De aquí se siguen algunas consecuencias.

Por ejemplo, se suele decir, aunque es un problema muy complejo en el que se mezclan distintas concepciones de manera no siempre clara, que en los dos tipos de proceso deberían aplicarse distintos estándares de prueba: en el proceso civil se debería aplicar (como a menudo sucede) el estándar de la *probabilidad prevaleciente*, de acuerdo con el cual se da por probada la versión de los hechos que aparece como "más probable" a la luz de las pruebas obtenidas, mientras que en el proceso penal debería aplicarse al estándar de la prueba *más allá de toda duda razonable*, según la cual sólo en el caso de que la prueba haya ofrecido la "certeza" sobre los hechos podría ser condenado el acusado. Estos aspectos no pueden ser discutidos aquí con la amplitud que merecerían; sin embargo, conviene señalar que se insertan en el discurso relativo a la prueba de los hechos y a la valoración de la prueba, y que son relevantes al menos en el sentido de hacer necesarias varias distinciones, de acuerdo con el tipo de proceso al que se haga referencia. Mi impresión es que el problema de la presunción de inocencia no se formula correctamente cuando se invoca esa presunción para decir que en el proceso penal debe alcanzarse la certeza, mientras que en el civil hasta la probabilidad, porque en este caso se mezclan los criterios con los que debe adoptarse la decisión en el caso de ausencia de prueba con las modalidades con la que se lleva a cabo la prueba de los hechos; pero la cuestión es muy compleja y por ello me limito a dejarla apuntada, quizá para una futura discusión.

Una característica que, en los sistemas más evolucionados, es típica del proceso penal, pero tiene también diversas manifestaciones en el proceso civil, se refiere a la distribución de los poderes procesales -en

particular de los que se refieren a la adquisición de las pruebas- entre las partes y el juez. Por un lado, en realidad, cuando se habla de las garantías fundamentales de las partes, como el derecho a la defensa y el principio de contradicción, se dice acertadamente que éstas deben ser respetadas íntegramente en los dos tipos de proceso. Por otro lado, sin embargo, la implementación de estas garantías termina produciendo consecuencias distintas en los diversos tipos de proceso. Así, en el ámbito del proceso civil se tiende a pensar que la implementación completa de las garantías de la defensa no excluye en absoluto la posibilidad de atribuir al juez poderes incluso tan amplios como el de disponer de oficio de práctica de pruebas no solicitada por las partes, cuando sea necesario para comprobar la verdad de los hechos. En los procesos civiles modernos hay ejemplos interesantes de esto: el modelo en ciertos aspectos más coherentes es el del *code de procédure civile* francés, cuyo artículo 10 prevé un poder general del juez de disponer de oficio la práctica de pruebas no aportadas por las partes, mientras que el artículo 16 prevé la aplicación del principio de contradicción entre las partes en todos los aspectos relevantes de la decisión. Por otra parte, en muchos otros ordenamientos, como por ejemplo en Italia, Alemania e incluso Estados Unidos, se atribuye al juez diversos poderes autónomos de iniciativa instructoria. Existe, por tanto, una tendencia difusa a pensar que un papel activo del juez en la adquisición de la prueba, es esencial para la averiguación de la verdad de los hechos en el proceso civil(15). Las cosas son distintas en el ámbito del proceso penal, en el que por muchas razones de carácter histórico y sistemático, se tiende a sostener que las garantías fundamentales del proceso sólo pueden ser efectivas con la adopción de un modelo de proceso íntegramente *acusatorio*, en el que el juez no tenga poderes de iniciativa autónoma en materia de práctica de la prueba, y por tanto toda la actividad probatoria queda remitida exclusivamente a las partes. Obviamente, no tengo ninguna intención de discutir o criticar esa tendencia, que es ampliamente

dominante en los procesos penales modernos. Observo sólo que de este modo las líneas evolutivas del proceso penal tienden a divergir profundamente de las líneas evolutivas del proceso civil, al menos en lo que se refiere a la determinación de los sujetos a los que corresponde realizar la adquisición y presentación de las pruebas. Y observo, además, que, quizá por la presencia de la presunción de inocencia, el proceso penal tiende a verse no tanto como un procedimiento orientado al descubrimiento y determinación de los hechos sobre la base de todas las pruebas disponibles, sino como un procedimiento orientado a hacer posible, para el acusado, el desarrollo de todas sus defensas y a verificar si las pruebas presentadas por la acusación son o no son suficientes para vencer la presunción de inocencia. Con toda probabilidad, existen óptimas razones para configurar de este modo el proceso penal y no quiero ponerlo en discusión. Sólo señalo que -casi paradójicamente y con una inversión de los términos respecto a los que sucedía en el pasado-, hoy se tiende a considerar que el proceso civil se orienta a la búsqueda de la verdad, mientras que no se puede decir lo mismo del moderno proceso penal.

Además, mientras estas diferencias estructurales deben ser tenidas en cuenta cuando se discute acerca de las funciones del juez, creo que hay muchos aspectos bajo los cuales no hay diferencias relevantes entre el juez civil y el penal. Si se piensa en el momento de la valoración de la prueba y de la decisión sobre los hechos, y si se pone entre paréntesis la cuestión de quién (las partes o el juez) ha propuesto la prueba, se puede pensar que un juez penal que adopte una ideología legal-racional de la decisión, formulará su valoración de manera sustancialmente similar a la del juez civil que adopte la misma ideología. Si esto es así, no hay obstáculos para reconocer que también el juez penal, al igual que el juez civil, puede y debe valorar la prueba de manera racional y, por consiguiente, puede y debe justificar su propia decisión sobre los hechos exponiendo "buenas" razones en la motivación de la sentencia.

En cuanto a las modalidades de la decisión sobre los hechos y de la correspondiente motivación, por tanto, puede no haber diferencias estructurales: también un juez que durante el curso del proceso haya desempeñado un papel de "árbitro pasivo" del conflicto que ha surgido entre las partes, puede decidir correctamente las causas valorando la prueba *de* manera racional y justificando adecuadamente la decisión. Esto depende =insisto- de la ideología que el juez tiene respecto de su propio rol, más que del reparto de poderes probatorios entre las partes y el juez. No obstante, este reparto, y por ello también la cuestión *de* si nos encontramos en un modelo de proceso (civil o penal) completamente dispositivo o acusatorio, en lugar de un modelo de proceso (civil o penal) en el que el juez está dotado de poderes de instrucción autónomos, tiene relevancia desde otro punto de vista. Como he sugerido antes, en los procesos civiles modernos existe una amplia tendencia (aunque no seguida en algunos sistemas, como en España) a atribuir al juez poderes para ordenar la práctica de pruebas no propuestas por las partes, y normalmente se justifica esta atribución de poderes en el interés de averiguar la verdad y en la imposibilidad de contar exclusivamente con la iniciativa de las partes para la aportación de todas las pruebas que pueden ser necesarias para ello. En definitiva, se asume que el ejercicio de los poderes de oficio del juez, es útil para complementar la iniciativa de las partes cuando esta no es suficiente para aportar todas estas pruebas: entra en juego -al menos de manera rendencial- una especie de criterio de *plenitud* del material probatorio, de acuerdo con el cual todas las pruebas relevantes deben ser adquiridas, a iniciativa de parte o, *si* es necesario, a iniciativa del juez. Por el contrario, en los sistemas en los cuales el juez no tiene poderes de instrucción autónomos y la aportación de las pruebas es obra exclusivamente de las partes, se corre el riesgo de que las pruebas presentadas por las partes no sean todas aquellas que serían útiles para la determinación de la verdad de los hechos. En un sistema orientado a la búsqueda de la verdad, un riesgo

de este tipo ha de valorarse negativamente, y en realidad, se recurre al remedio proporcionado por los poderes de instrucción del juez.

En un sistema que no esté orientado a la búsqueda de la verdad, por el contrario, no se considera negativamente el riesgo de que pruebas relevantes o decisivas para la determinación de la verdad queden fuera del proceso, porque, por cualquier razón, la actividad probatoria de las partes no haya sido la adecuada. Puede darse, incluso, que la eventual incompletitud de la adquisición de las pruebas se valore positivamente, si la parte no se arriesga a presentar prueba suficiente de la acusación en un proceso penal: la ineficiencia probatoria de la acusación juega, de hecho, a favor del acusado, que será absuelto con mayor facilidad cuanto más escasa sea la actividad probatoria de la acusación (aunque esto, naturalmente, no juega a favor de la determinación de la verdad). Esta, me parece, es la perspectiva desde la que Andrés Bouzat y Alejandro S. Cantaro, manifiestan su opinión contraria a la atribución de poderes autónomos de instrucción al juez penal, en la medida en que estos poderes podrían ser usados a favor de la acusación, y por tanto en sentido contrario a la presunción de inocencia. Es una posición perfectamente respetable, aunque se podría observar que- dado que en el proceso penal también el acusado tiene un fuerte interés en probar su inocencia y no permanece inactivo viendo si la acusación alcanza a probar su culpabilidad- los poderes del juez también podrían usarse a favor del acusado y no sólo a favor de la acusación, así como en el proceso civil pueden ser usados indiferentemente a favor de una u otra parte. A propósito de esto, observo solamente que se trata de una posición perfectamente respetable, y también compartible, en el nivel de las *elecciones de política del Derecho*, puesto que es perfectamente comprensible la preferencia por un sistema que admite el riesgo de la falta de plenitud del material probatorio, si se presupone que este riesgo opera en una única dirección, esto es, a favor del acusado. Pero

esto, sin embargo, no impide que en el proceso penal íntegramente acusatorio se pueda tener una composición incompleta (respecto a la que vendría representada por todas las pruebas relevantes) de la base probatoria del juicio de hecho, y por tanto, distinta de la que puede haber en un proceso civil caracterizado por una función activa del juez y orientado a que todas las pruebas relevantes sean aportadas al juicio.

Citas

Cfr., en particular, *La prueba de los hechos*, trad. Española de Jordi Beltrán, Madrid, 2002, y algunos de los ensayos recogidos en el volumen *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bolonia, 2002.

¹ Para un análisis de estas concepciones, Cfr. mi trabajo, *La prueba*, de., pág. 190 ss.. Véase también Schum, *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, New York-Chichester-Brisbane-Toronto-Singapur, 1994.

³ Cfr. Mazzoni, *Sì può credere a un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria*, Bolonia, 2003.

⁴ Sobre el "distanciamiento" como actitud típica del juez en la confrontación de la prueba, véase Taruffo, *Involvement and Detachment in the Presentation of Evidence*, en *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschr. für Robert S. Summers*, ed. Por W. Krawietz-N. McCormick-G.H. von Wright, Berlín, 1994, p. 385 ss. Más en general sobre el concepto de "distanciamiento" en el conocimiento, véase Elias, *Coinvolgimento e distacco. Saggi sulla sociologia della conoscenza*, tr. Ir, Bolonia, 1988, p. 89 ss.

Para una elaboración más amplia de este tema, véase mi ensayo *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, ahora en *Sui confini*, cit., p. 121 ss.

⁶ Cfr. *Prueba y verdad en el Derecho*, Madrid-Barcelona, 2002.

Cfr. Ferrer Beltrán, op.cit., p. 37 ss.

8 Cfr. Ferrer Beltrán, op.cit. p. 41 ss, 83 ss.

9 En el mismo sentido, v. Ferrer Beltrán, op. Cit., p. 68 ss,

10 Análogamente, v. Ferrer Beltrán, op. cit. P. 45 ss.

11 Cfr. *Idee per una teoria della decisione giusta*, ahora en *Sui confini*, cit., p. 219 ss.

12 V. ibídem, p. 229 ss.

13 Para la demostración de esta afirmación, véase mi trabajo *La motiuazione della sentenza civile*, Padua, 1975, p. 118 ss, y más recientemente *el ensayo Funzione della prava: lafanzione dimostnuia*, ahora en *Sui confini*, cit., p. 323 ss,

14 Apropósito de esto véase, en particular, Comanducci, *Ragionamiento giuridico*, en Id. *Assaggi di metaetica*, Turín, 1992, p. 232 ss.

15 Para un análisis más amplio de estas diferencias, véase mi trabajo *La rnorivazione*, cit. p. 222 ss.

16 Sobre esta distinción, ya ampliamente aceptada, véase también mi trabajo *La motiuazione*, cit., p. 370 ss,

17 Cfr. Wróblewski, *"Sentido" y "Hecho" en el derecho*, trad. Española, San Sebastián, 1988, p. 61 ss.

18 Prefiero hablar de papel "activo" más que de papel "inquisitivo" del juez civil para evitar los muchos equívocos que el uso de este término provoca a menudo. Sobre la inadecuación de la contraposición usual entre procesos *adversarial* y procesos *inquisitorial*, y sobre la oportunidad de no usarla más en la discusión de modelos procesales, véase mi trabajo *El proceso cioile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, ahora en *Sui confini* cit. p. 73 ss, Véase también Darnaska, *The Faces of justice and State Authority. A Comparatioe Approach to the Legal Process*, New Heven-London, 1986, p. 3 ss.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA RELACIÓN
ENTRE PRUEBA Y VERDAD

1. Enunciados fácticos

A los efectos de iniciar el análisis, propongo tomar en consideración algunos enunciados, elegidos al azar entre los infinitos posibles:

1. El 2 de enero de 2002 la Federal Reserve estadounidense redujo la tasa de interés en un 0,5%.
2. La tasa de interés preferente aplicada por la mayoría de los bancos chilenos, en diciembre de 2002, fue un 6%.
3. Con fecha F el banco B compró por orden de inversionista I vales de prenda *toarrant* por un valor de cincuenta millones de pesos.
4. El adulterio repetido y manifiesto de A ha hecho imposible que continúe la convivencia conyugal entre A y B.
5. El precio acordado entre A y B para la venta del bien X fue de diez millones de pesos.
6. El día D a la hora H en el lugar L, A disparó a B una bala que le llegó al corazón y le provocó la muerte.

Expondré ahora algunas observaciones simples respecto a estos enunciados, subrayando elementos comunes así como algunas diferencias:

- a) Las proposiciones expresadas por los enunciados (1)-(6) son todas *declarativas*. De hecho, los enunciados en cuestión pueden ser verdaderos o falsos; tienen como objeto circunstancias que, aunque puedan contener implicaciones valorativas y como podremos ver son en alguna manera, social y culturalmente "construidas", pueden darse o no darse en el mundo de las experiencias concretas.
- b) Las situaciones descritas por los enunciados {1)-(6) son codas, de alguna manera, relevantes para la vida, la riqueza o el destino de muchas personas: muchísimas en *el* caso de los enunciados (1) y (2), algunas en los otros casos. Sin embargo, lo importante es que la relevancia de estas situaciones se manifiesta en la medida en que éstas se han producido realmente, es decir si los enunciados (1)-(6) son verdaderos. La cuestión es obvia pero merece una reflexión. Por ejemplo, la circunstancia descrita por (1) es importantísima para la economía mundial sólo si el enunciado (1) es verdadero; si es falso no se verifica ninguna consecuencia. Del mismo modo, la circunstancia descrita por (6) es importantísima para la suerte de A, el cual tendría que ser condenado por homicidio, pero naturalmente esta consecuencia se debe dar para A sólo si el enunciado (6) es verdadero; si no es verdadero, entonces A debería ser absuelto y permanecer libre.

En concreto, lo que cuenta verdaderamente no es la mera enunciación de (1)-(6) por alguien, sino el hecho que estos enunciados sean verdaderos o falsos. Si son verdaderos, cada uno de ellos produce una serie de consecuencias de distinta naturaleza; si son falsos, no se produce ninguna consecuencia o se producen consecuencias diversas. Por ejemplo, no es suficiente que la CNN cuente (1): si (1) no es verdadero (cualquier cosa que ello signifique), no sucede nada. Análogamente, no basta que B afirme (4):

si (4) no es verdadero, no se dará el presupuesto de la separación conyugal por responsabilidad de A.

- c) Dado que lo que importa respecto a la producción de determinadas consecuencias es si los enunciados (1)-(6) son verdaderos o falsos, los sujetos interesados (inversionistas, bancas, contratantes, conyuges partes procesales, abogados, jueces) deben establecer si uno u otro enunciado es verdadero o falso, como premisas de las acciones o comportamientos a seguir (decisiones financieras, contractuales, personales, judiciales). En síntesis, establecer la verdad o la falsedad de estos enunciados es un problema que puede plantearse, y puede ser resuelto, en cualquier ámbito de la experiencia, incluso en el del proceso. Los sujetos que, de cuando en cuando, deben resolver problemas relacionados con las consecuencias de las circunstancias descritas en (1)-(6) tratarán -se supone- de comportarse de manera racional, de establecer con la máxima certeza si los enunciados en cuestión son o no verdaderos. Por ejemplo, el gran operador financiero que debe tomar decisiones sobre importantes inversiones, tratará de establecer con certeza, posiblemente absoluta, si la CNN ha dado una noticia verdadera cuando ha afirmado (1), o si se trata de una noticia falsa o aún no confirmada.
- d) Los enunciados (1)-(6) pueden ser relevantes en el contexto de un procedimiento judicial. Así, por ejemplo, (1) y (2) pueden ser relevantes para establecer la tasa que debe usarse para el cálculo de los intereses que A le debe a B; (3) sirve para establecer el monto de la deuda de C al banco B; (4) sirve para establecer de quién es la responsabilidad de la separación; (5) sirve para establecer cuánto le debe el comprador al vendedor; y (6) sirve para establecer si A es o no culpable de homicidio. Esta relevancia puede darse o no en los contextos judiciales, y provocar diferentes consecuencias, dependiendo si (1)-(6) son verdaderos o falsos: está claro, de hecho, que la decisión que tomará el juez será diferente si es verdadero que

el precio fijado es aquél que se indica en (5) o si (5) es falso porque el precio establecido era otro, y así sucesivamente.

- e) El significado de todos los enunciados en cuestión sólo puede ser determinado de manera *contextual*. De hecho, para entender el sentido de estos enunciados es necesario conocer, o al menos presuponer, contextos específicos que, en todo caso son bastante especiales y muy complejos. Por ejemplo, para entender el significado de (1) se hace necesario considerar el contexto financiero norteamericano y la economía mundial; (2) tiene sentido solamente en el contexto de las relaciones bancarias; (3) tiene sentido sólo en el contexto del mercado de los llamados "derivados financieros"; (4) tiene sentido sólo con el contexto de las relaciones conyugales entre A y B; (5) tiene sentido sólo en el contexto de relaciones contractuales entre A y B; (6) tiene un sentido diverso dependiendo del fáctico general al que se refiriera (por ejemplo: si A y B son soldados enemigos, y A mata a B durante un combate, esto no transforma a A en un homicida). Naturalmente la relevancia de (1) y (6) puede depender también -y así sucede generalmente en el proceso- de los contextos jurídicos, que también determinan el significado de los enunciados en cuestión.

El hecho de que el significado de los enunciados sólo pueda ser individualizado desde el interior de determinados contextos, y que, por lo tanto, sea de varias maneras (más de una simultáneamente) *context-laden*, es muy importante para entender la naturaleza de estos enunciados y para definir en cada caso las coordenadas dentro de las cuales se puede establecer la verdad o la falsedad. Sin embargo esta situación, es decir, la relatividad contextual de los enunciados en cuestión, no quita que ellos sean relevantes en diferentes situaciones (procesales y extraprocerales), pero sobre todo no quita que su relevancia esté ligada con su propia verdad o falsedad. Esto es así, dado que -como ya se ha dicho- los enunciados no generan determinadas consecuencias por el hecho de haber sido declarados

por alguien, sino por haber sido establecidos como verdaderos en el marco de un contexto de relevancia.

1.1. *La construcción de los enunciados fácticos*

La naturaleza de la relatividad de los enunciados fácticos exigen un análisis más detenido, que sólo puede hacerse a partir de la premisa de que un enunciado fáctico nunca está *dado* por sí mismo en situación alguna, sino que es formulado por alguien en una situación concreta y, generalmente, con una finalidad específica. Respecto del propósito de la enunciación de un hecho, se harán algunas observaciones más adelante, al hablar del contexto del proceso. Aquí es útil subrayar que la formulación de un enunciado fáctico deriva de la *construcción* del enunciado que realiza el sujeto que lo formula. Esta construcción es una actividad compleja, que en algunos casos conlleva operaciones diversas y complicadas, de las cuales el enunciado fáctico es sólo el resultado final.

Estas operaciones "constructivas" se pueden reagrupar sistemáticamente en varias categorías.

- a) Ante todo, puede hablarse de construcción selectiva para hacer referencia al hecho de que cualquiera que formule un enunciado fáctico debe realizar una serie de elecciones mediante las que *se* excluye todo lo que no interesa incluir en el enunciado (en ese momento o a los efectos de las finalidades por las que es formulado), *es* decir, una infinita variedad de circunstancias, y expresa únicamente aquello que se considera relevante, esto es, pocas circunstancias y posiblemente simples. Esto es así frente a la infinita complejidad de la realidad y a su infinita descomponibilidad, frente a la infinita pluralidad de puntos de vista desde los que cualquier circunstancia puede ser observada,

que, a su *ver*; produce lo que Susan Haack entiende como pluralidad de descripciones verdaderas de la realidad.

En el contexto del proceso entran en juego dos criterios de relevancia que operan como *estndares* de elección de la descripción del hecho que se enuncia: la relevancia *jurídica* y la relevancia *lógica* del hecho del cual se habla. La relevancia jurídica deriva de la calificación del hecho según la norma que se le aplique, a los efectos de la decisión. En consecuencia, es la norma (o mejor dicho: la *abstrakte Tatbestand* definida por la norma) la que opera tanto como criterio de selección de las connotaciones del hecho que se consideran importantes, como de exclusión de las innumerables connotaciones del hecho que no interesan a los efectos de su aplicación. Así, entre las innumerables posibles descripciones de aquel hecho, se selecciona aquella que permite que el hecho sea jurídicamente cualificado según la norma aplicable (se habla de hechos jurídicos, principales, constitutivos, materiales, etc.). La relevancia lógica caracteriza aquellos hechos que no son jurídicamente calificados por norma alguna, pero que, sin embargo, pueden entrar en el proceso en la medida en que a través de su conocimiento se pueden extraer conclusiones útiles para demostrar la verdad o falsedad de un hecho jurídicamente calificado. En ese caso, el criterio de relevancia, y por lo tanto el contenido del enunciado que da cuenta de ese hecho -que se acostumbra a denominar como *secundario*, *simple*, *indiciario* o *circunstancial*- está constituido por la formulación de una inferencia (de allí la naturaleza lógica de este concepto de relevancia) capaz de relacionar el hecho secundario con un hecho principal transformando al primero en la premisa de una conclusión referida al segundo. Entre las infinitas descripciones posibles de un hecho secundario, se elige entonces la que permita la formulación de una inferencia de ese tipo, excluyendo aquellas que no tengan dicha función.

- b) Se puede hablar, además, de *construcción semántica* del enunciado fáctico. Precisamente, el hecho de que sea un enunciado, es decir, una entidad lingüística dotada de un significado comprensible, implica que su formulación se realice usando correctamente un determinado lenguaje y sus reglas (gramaticales, sintácticas, lógicas). Entre los muchos lenguajes posibles y entre los muchos usos posibles de un lenguaje, la formulación de un enunciado fáctico conlleva elecciones muy precisas, con la finalidad de determinar la forma lingüística más oportuna y más eficaz para expresar el significado del enunciado. Entre ellas, una elección especialmente importante es la que se plantea entre el uso de términos *descriptivos* y el uso de términos *valorativos*. De hecho, es evidente que, aunque no cambie el referente empírico del enunciado, es decir el hecho material del cual está hablando, el significado del enunciado mismo cambia dependiendo si se quiere expresar descripciones o valoraciones del mismo hecho. En el contexto de un proceso, esta diferencia puede ser muy relevante, por ejemplo, para aplicar la regla según la cual el testigo no puede expresar valoraciones sino sólo comunicar su conocimiento; o bien respecto al problema de qué significa "probar" un enunciado de hecho según si se considera descriptivo o valorativo.
- e) Se debe tener en consideración, además, la *construcción cultural* del enunciado fáctico. Cada enunciado relativo a la conexión entre eventos implica el uso de categorías de interpretación de la realidad en función de las cuales dichas conexiones se construyen y su significado cambia según las categorías que se utilicen para formularlo. Por ejemplo, una cosa es usar la categoría de *causa* en lugar de la de *probabilidad* para decir que X es consecuencia de Y; otra cosa es hacer referencia a un espado cartesiano en lugar de un espacio con n dimensiones; otra es razonar presuponiendo una concepción lineal y discreta del tiempo en lugar de la curva espado-tiempo, etc. La construcción específicamente cultural tiene que ver con el hecho de que los presupuestos éticos, políticos,

consuetudinarios o religiosos a menudo juegan una función importantísima para determinar las modalidades con que un hecho se describe, imponiendo la selección inclusiva de los diferentes aspectos de ese hecho en función de sus significados culturales. Un musulmán y un católico pueden describir un hecho de manera, al menos, parcialmente distinta, del mismo modo que sujetos con orientación política diversa puede atribuir significados simbólicos diferentes al color de una bandera.

- d) Finalmente, es necesario tener en consideración la *construcción social* del enunciado fáctico. Este tipo de construcción se vincula con el importantísimo fenómeno que Searle denomina "construcción de la realidad social", y que hace referencia a la llamada teoría de los hechos institucionales. Como es sabido, se trata de aquellos hechos cuya existencia y determinación no está en función de una referencia empírica o material directamente perceptible, sino más bien en función de contextos sociales que "crean" y definen determinados hechos. El ejemplo del dinero, que presente Searle, es muy significativo, pero muchos otros hechos institucionales (como la mayoría de edad, el *estatus* familiar, la posesión de un título de estudios, etc.) se pueden definir solamente en función del contexto social (político, jurídico, económico e institucional) dentro del cual son concebibles como "hechos". Se puede afirmar que un hecho viene enunciado de un modo determinado en función de su ubicación en un contexto institucional. Por lo tanto, podemos decir que el enunciado *incorpora* la configuración institucional del hecho.

Los elementos relacionados con las diferentes dimensiones de construcción de un enunciado fáctico, se pueden identificar en forma ágil en cualquier enunciado, incluso en los enunciados de (1) a (6) que han sido propuestos al inicio a manera de ejemplos. Respecto a ello no es

necesario hacer aquí un análisis detallado, pero algunos comentarios pueden resultar útiles.

Por ejemplo, los enunciados (1), (2) y (3) se refieren a circunstancias que pueden considerarse "existentes" sólo en el mundo de las transacciones financieras, y que no se pueden encontrar en el mundo de la realidad empíricamente verificable. Aquí cobra utilidad el discurso de Searle respecto a las realidades *socialmente construidas*, en las cuales lo que cuenta no es el aspecto empírico (si es que existe, aunque no siempre existe o es perceptible), como el sonido, las imágenes, el papel escrito, etc., sino más bien el conjunto de convenciones, de conexiones y de símbolos, en función de los cuales, por ejemplo, un billete es dinero y no un simple pedazo de papel coloreado.

Consideraciones en buena medida análoga, se pueden hacer también en relación con los demás enunciados. Por ejemplo, respecto a (4) se puede decir que el adulterio tiene una evidente connotación empírica (que aquí no es necesario describir en sus detalles); sin embargo, la práctica de las relaciones sexuales entre A y C no es importante sino en un contexto social y éticamente construido en el cual dicho comportamiento es considerado moralmente de manera negativa (aunque muchas veces no sea castigado por el derecho penal), considerando así justificada la reacción negativa de B, consistente en considerar intolerable la convivencia conyugal con A. En un contexto social, moral o religioso, en el cual una relación sexual con persona distinta del cónyuge tuviese la misma consideración que una cena en un restaurante con esa misma persona, no se podría hablar de adulterio y (4) no tendría sentido. El enunciado (5) tiene evidentemente una base empírica, en cuanto presupone que A y B hicieron declaraciones con cierto contenido, y tiene además implicaciones psicológicas (si se piensa que dichas declaraciones manifiestan las voluntades de A y B), pero queda claro que ello adquiere

importancia sólo en esa particular realidad social y jurídicamente construida que es el mundo de las relaciones contractuales. En (6), finalmente, hay un elemento empírico especialmente evidente, que no es necesario explicar, pero es claro que el significado del enunciado no se puede reducir a simples hechos materiales: más allá del hecho de que también la medición y la determinación del tiempo (el día D a la hora H) es fruto de una convención, es suficiente subrayar que el hecho narrado se define como tal con la condición de emplear la categoría de causa como principio de interpretación y de explicación de la conexión entre el comportamiento de A y la muerte de B.

Estos ejemplos no sólo sirven para confirmar que las circunstancias que pueden ser relevantes en un proceso pueden ser de la naturaleza más diversa, con grados "empíricos" o de "construcción" más o menos elevados, sino que muestran también que estas diferencias deben ser tomadas con cautela, al menos en el ámbito del discurso que aquí se está haciendo y que tiene que ver fundamentalmente con el problema de la prueba de los hechos. Por un lado, parece evidente -como se ha tratado de demostrar sintéticamente- que todo enunciado fáctico es el resultado de complejas actividades de "construcción" que determinan su formulación u significado; por otro lado, sin embargo, todo lo anterior no impide que se pueda predicar la verdad o la falsedad del enunciado fáctico, y que, por lo tanto, pueda ser objeto de prueba en un proceso. Por dar un solo ejemplo, que será retomado más adelante: volvamos al enunciado (1), que se refiera a una realidad que se puede considerar fruto exclusivo de una compleja y sofisticada construcción social, en la cual los elementos empíricos (el sonido de un anuncio; el papel en el cual está escrito) son totalmente prescindibles. Ahora bien, el hecho de que modificar la tasa de cambio norteamericana produzca las consecuencias que produce sólo si (1) es verdadero, y no produzca consecuencias o las produzca diferentes si (1) es falso, persiste. El mismo análisis puede hacerse respecto de los otros enunciados que estamos considerando,

independientemente del grado empírico o de "construcción social" o cultural que presenta cada uno de ellos.

2. El contexto procesal

Aunque, como ya se ha mencionado, el contexto del proceso judicial sea sustancialmente parecido a otros contextos en los cuales puede surgir **el** problema de establecer si (1)-(6) son verdaderos o falsos, resultará **útil** realizar algunos comentarios más específicos respecto al contexto procesal, destacando algunas de sus especificidades que lo hacen diferente a otras situaciones.

- a) Un primer aspecto importante consiste en el hecho que en el ámbito del proceso la relevancia de los hechos (y, por tanto, de los enunciados a ellos referidos) se determina, en primer lugar, en función de las consecuencias jurídicas que les pueden ser atribuidas. Al respecto, se habla, como ya se ha mencionado, de *relevancia jurídica* respecto de aquellos hechos que producen inmediatamente las consecuencias previstas por las normas jurídicas que a ellos se refieren. Hay que recalcar, no obstante, que estos hechos son específicos también en el sentido de que se introducen en el proceso sobre la base de opciones y decisiones particulares de determinados sujetos. Por ejemplo, en el proceso civil sólo se incorporan y asumen relevancia de los hechos que las partes plantean como objeto de sus demandas y excepciones, en virtud de los principios que atribuyen a las partes y no al juez el poder determinar el objeto del proceso.

Además, como también se ha dicho ya, también se incorporan al proceso aquellos hechos que resultan lógicamente relevantes: a éstos no se les vincula directamente consecuencia jurídica alguna, pero de ellos se pueden extraer inferencias lógicas que pueden producir conclusiones

respecto a la verdad o falsedad de los enunciados relativos a hechos jurídicamente relevantes. Por lo tanto, la relevancia jurídica es el criterio estándar principal en función del cual se determina, directa o indirectamente, cuáles son los hechos (o más bien, los enunciados a ellos referidos) que se "incorporan" al contexto procesal, ya sean hechos principales o secundarios, que pueden producir consecuencias en relación con los hechos principales. Criterios similares pueden ser también usados útilmente en otros contextos, en los cuales asuma importancia la calificación jurídica de una determinada situación; sin embargo, son típicos del contexto procesal.

- b) En el ámbito del proceso se producen continuamente situaciones de contraste dialéctico en las que se formulan distintas narraciones a propósito de los hechos jurídica y lógicamente relevantes. Ahora, si se observa el proceso desde la perspectiva del principio de contradicción, puede ser concebido precisamente como un "lugar" típico de desencuentro y de conflicto entre narraciones diferentes -y a menudo en conflicto- de los mismos hechos. En otros términos, todo hecho puede ser objeto de enunciados diferentes y contradictorios (es decir: a cada enunciado se puede oponer otro diferente y contradictorio). En la situación-tipo los abogados de las partes narran hechos diferentes o narran versiones diferentes y opuestas del mismo hecho. Por ejemplo, para el abogado de A (5) es verdadero, pero (5) es falso para el abogado de B. Por razones análogas, un testigo presentado por A dirá que (5) es verdadero, mientras que un testigo presentado por B dirá que (5) es falso, etc. Naturalmente, se producen situaciones procesales mucho más complejas, en las cuales cada una de las partes presenta su propia versión de los hechos (principales y secundarios, más o menos numerosos de acuerdo a cada caso), y cada uno de los testigos (que pueden ser incluso numerosos) narra su propia versión de los hechos. Además, estas versiones pueden cambiar durante el curso del proceso, cuando las partes modifican sus posiciones y a

medida que se van practicando las pruebas. Si quisiéramos tomar en consideración la dimensión "verbal" o "narrativa" del proceso, como sugieren las teorías narrativas, no podemos dejar de observar que el proceso no constituye *una narración*, sino que incluye una pluralidad de narraciones y de enunciados fácticos específicos, provenientes de diferentes sujetos (partes, abogados, testigos, peritos, jueces), que no sólo pueden tener como objeto circunstancias diversas (el testigo T1 habla del hecho X; el testigo T2 habla del hecho Y, y así sucesivamente), sino que *en general* están formadas por enunciados diferentes y opuestos respecto al mismo hecho (el testigo T1 dice que el hecho X sucedió; el testigo T2 dice que el hecho X no sucedió). Naturalmente, cada una de estas narraciones (o de estos pedazos de narraciones) puede ser verdadera o falsa. Sin embargo, ellas están presentes *en el mismo contexto procesal* y no forman, de ninguna manera, una sola narración coherente y ornnicomprendiva. El proceso es el lugar de conflicto, de competición y de oposición entre posiciones diferentes y, por lo tanto, también entre narraciones diversas de los hechos jurídica y lógicamente relevantes, en la específica situación de litigio; no es un lugar de cooperación entre varios sujetos que redactan una historia sobre cuyo contenido y veracidad se encuentran todos de acuerdo. Es más, cuando al final del proceso el juez determine que una de las versiones de los hechos de las causas es la "verdadera", no lo hará mirando simplemente qué narración global surgió del proceso, sino *eligiendo*, entre las diversas versiones que se formularon durante el proceso, aquella versión específica que considera preferible. Podríamos decir que al final del proceso el juez no se limita a *constatar* que surgió una versión de los hechos, como narración unitaria y coherente de los mismos, a partir de la convergencia de las narraciones formuladas por los sujetos del proceso, sino que *resuelve el conflicto entre narraciones* diversas, eligiendo una y descartando las otras como falsas e inaceptables. Éste es un aspecto del proceso judicial que las Teorías narrativas

tienden a dejar de lado o a subvalorar, pero que, en cambio, es fundamental si se quiere comprender "quien narra que" y cuántas y cuáles narraciones de los hechos componen la dimensión narrativa del contexto procesal.

- e) Estas consideraciones nos llevan a poner especial atención en el acto final del proceso, es decir en la decisión judicial, como acto de elección entre las varias versiones de los hechos (entre los diferentes enunciados) que han marcado el desarrollo del proceso. Especialmente, y en lo que respecta a la narración de los hechos, se trata de establecer qué criterio usa el juez para elegir, entre las versiones opuestas ofrecidas por las partes, aquélla que, en cierto modo, representa el resultado del litigio procesal, o bien, si el juez mismo se construye una versión propia y diferente. Una respuesta obvia, que frecuentemente se da, es que el juez debería determinar cuál es la versión de los de la causa que se puede considerar *verdadera* en algún sentido del término, descartando, pues, aquellas versiones que resulten *falsas*.

Sin embargo, existen opiniones bastante diferentes respecto al problema de si la verdad de los hechos (es decir, de los enunciados respectivos) puede o debe considerarse como una finalidad del proceso judicial. Por ejemplo, quien considera que la función del proceso es solamente poner término a la controversia, se inclina por excluir que éste tenga como finalidad la determinación de la verdad de los hechos. Todavía más, la búsqueda de la verdad incluso puede ser vista como un obstáculo práctico para lograr rápidamente el objetivo consistente en eliminar la controversia. En cambio, quien considera que la función del proceso es aplicar la ley, poner en práctica el derecho y garantizar efectivamente los derechos individuales y colectivos, se inclina por configurar la determinación de la verdad de los hechos como finalidad o valor *instrumental*, al que se debe tender para acercarse al objetivo principal del proceso, entendido como la formulación de una decisión jurídicamente correcta.

Una de las maneras de configurar esta distinción tiene que ver con el concepto de *justicia*: un concepto absolutamente incierto y complejo, pero que difícilmente se puede evitar cuando se habla del proceso como un modo de "administrar justicia". Desde esta perspectiva, un punto importante es establecer a qué se refiere la calificación de la decisión judicial en términos de justicia, es decir, qué se quiere decir cuando se habla de *decisión justa*.

Una primera hipótesis, que desde hace algún tiempo se ha ido difundiendo, basada en las doctrinas rawlsianas, es que, para que exista una decisión justa, es necesario y suficiente que sea el resultado de un procedimiento justo aplicado correctamente. Se trata, como es evidente, del concepto de *pure procedural justice*, en fondón del cual la justicia del procedimiento es el único elemento que determina la justicia del resultado. Este concepto tiene una gran fuerza explicativa y se aplica adecuadamente en diferentes contextos como el de los juegos, las apuestas y competiciones, en los cuales es ciertamente justo el resultado que se logra con la aplicación de procedimientos correctos. Esto también se usa en otros contextos, como en los procesos electorales o parlamentarios, en las relaciones internacionales y en la filosofía política, en los cuales -quizás por la extrema dificultad o por la imposibilidad de definir si una situación es justa o injusta según criterios substanciales- se hace coincidir la justicia de la solución con la justicia del procedimiento utilizado para alcanzarla. Desgraciadamente, este concepto tan fecundo tiene la máxima importancia, como es el caso del proceso judicial (que no por casualidad el mismo Rawls ubica en la segunda categoría de la *imperfect procedural justice*). Evidentemente, esto no sucede porque en el proceso no tenga importancia la justicia del procedimiento: al contrario, se habla mucho de justicia de los procedimientos judiciales, por ejemplo, cuando se trata de definir las condiciones para un "debido proceso", en el sentido del art. 6 de la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma

1950) o en el sentido del actual art. 111 de la Constitución Italiana (modificado por la ley constitucional N° 2 de 2000).

La razón del fracaso es que la justicia del procedimiento puede considerarse, ciertamente, como *una* condición de justicia de la decisión (al menos en el sentido de que no estamos dispuestos a aceptar como justa una decisión tomada dentro de un proceso injusto, en el cual, por ejemplo: el juez no practicó pruebas o hubiese decidido tirando los dados o basándose en una confesión obtenida con la tortura), pero no puede ser considerada como la *única* condición, o como condición suficiente de la justicia de la decisión. Esto deriva esencialmente del hecho de que, sin menospreciar las numerosas metáforas del "proceso como juego", el proceso judicial, de hecho, no es asimilable a un juego, la más importante de ellas es que los procesos no terminan como los juegos, las apuestas o las competiciones, ni siquiera como terminan los procesos electorales u otros cijos de *pure procedural justice*. Un juego contiene en sí mismo (es decir: en sus reglas de procedimiento) el mecanismo que predetermina su resultado: la fijación de límites de tiempo, las formas en que se asignan los puntajes, las maneras como se formulan y asignan los votos, el orden de llegada, el jaque mate, o el impasse, etc. En todos estos casos no se necesita de nada más para determinar de quien es la victoria o la derrota, como tampoco se puede decir que la victoria es justa, al igual como se dice que una decisión es justa (sólo para las barras es justa la victoria de su equipo, y sólo para él que gana es justo el resultado de la lotería, pero está claro que, en este caso, "justo" tiene un significado especial), como tampoco la derrota puede considerarse injusta.

El proceso, en cambio, no tiene en sí mismo -es decir, en las reglas de procedimiento- mecanismo alguno que predetermine su resultado aunque, obviamente, el desarrollo concreto y específico de todo proceso condiciona de varias maneras el contenido de la decisión final (salvo el caso excepcional,

que aquí no tiene importancia, que el proceso se interrumpa o se cierre con una sentencia que no resuelva el fondo del asunto). Un proceso "justo", es decir que se desarrolle correctamente en cuanto la aplicación de reglas procedimentales oportunas, no garantiza necesariamente una decisión justa. Se podrá decir que esta decisión es *legítima* desde un punto de vista formal, porque es el resultado de la correcta aplicación de las "reglas del juego", pero todo eso no implica necesariamente que la decisión sea también justa. La razón es que la decisión puede ser considerada *ajusta* sólo si se dan otras condiciones, que son consideradas conjuntamente necesarias y que están determinadas por el respeto de criterios *substantiales* de justicia.

El problema deriva del hecho que el proceso se termina con una decisión (no con el vencimiento de un plazo o con la constatación de quien llega primero a la meta), y esa decisión proviene -al menos en los sistemas modernos en los cuales rige el principio de subordinación del juez a la ley- de la aplicación de *normas* en los casos concretos que son objeto de decisión. En este sentido, puede resultar útil el concepto de *rule-based decision* que Frederick Schauer elaboró en oposición al de *particularistic decision*, y que muestra muy bien el carácter esencial de la decisión judicial fundada en normas jurídicas.

Aplicar una norma en un contexto de decisión implica ==como todos sabemos== innumerables problemas, que van desde la interpretación de la norma a la pluralidad de formas argumentativas con las cuales una norma puede ser utilizada en un caso concreto, o mediante las cuales el caso concreto puede ser llevado al campo de aplicación de la norma. Estos problemas son importantes, obviamente, pero no es necesario discutirlos en este momento. Aquí, basta subrayar que la decisión judicial puede considerarse justa desde el punto de vista sustantivo sólo se deriva de la correcta aplicación de la norma jurídica (no importa si es legislativa, jurisprudencial, etc.) que rige el caso

particular. En síntesis, se da una correcta aplicación de la norma jurídica al caso concreto sólo si:

1. la norma es adecuada para el caso y ha sido correctamente interpretada
2. se ha determinado la verdad acerca de los hechos que constituyen el caso.

La primera condición, no puede ser discutida aquí porque remite a todos los innumerables problemas que afectan a la interpretación y la aplicación de la ley por parte de los jueces: supongamos, por simplificar, que el juez elija la norma jurídica que regula mejor el caso concreto, y la interpreta de la mejor manera.

En cambio, vale la pena subrayar que también la segunda condición es *necesaria* (aunque obviamente no es suficiente) para la justicia de la decisión. Para encender esta afirmación, basta considerar que toda norma -especialmente, toda norma sustantiva- consiste en la atribución de consecuencias jurídicas para el caso de que se produzcan las circunstancias específicas previstas, en términos generales, por la misma norma. Para utilizar conceptos tan consolidados que se consideran obvios, se puede mencionar la *abstrakte Tatbestand* de la doctrina clásica alemana, o la *attispecie* de la doctrina civil italiana o el "frástico" del que habla Hare, para hacer referencia a la parte de la norma en la que se formula la prótasis y se define la condición de hecho que debe darse para que se produzcan los efectos previstos por la norma (está claro que aquí se simplifica radicalmente el análisis estructural de las normas y del procedimiento para su aplicación, pero se mantiene el hecho de que la típica norma sustantiva presenta esta estructura de fondo y se aplica cuando las definiciones abstractas del supuesto hecho de la norma, se corresponden con las circunstancias del caso particular).

Dado lo anterior, es evidente que si la norma **N** identifica el supuesto de hecho **H** como premisa necesaria para determinados efectos jurídicos, pero el hecho individual *h* que corresponde a **H** no existe (en la medida en que es falso el enunciado que lo describe), entonces la norma **N** no puede ser aplicada en este caso. Si, de todas maneras, el juez la aplica, ello basta para decir que la decisión *no es justa*. En términos positivos, esto significa que la decisión judicial es justa desde el punto de vista de la aplicación de las normas sustanciales sólo si es verdadero el enunciado referido a un hecho que constituye la condición de aplicación de la norma. Por otro lado, las modalidades con las que el juez formula la decisión no coinciden con el procedimiento que se desarrolló con anterioridad a la fase decisoria, y por lo tanto, la justicia de la decisión no puede coincidir con la justicia del procedimiento. De hecho, es obvio que a un proceso justo puede seguir una decisión injusta, si el juez se equivoca al interpretar la norma o si los hechos no se determinan correctamente porque el juez valora en modo equivocado el resultado de las pruebas.

3. La prueba

El proceso y, en particular, la decisión final, pretenden resolver la incertidumbre que se da respecto a la verdad o falsedad de los enunciados que tiene que ver con los hechos relevantes de la causa. La prueba es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos. En términos muy generales, se entiende como prueba cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre. Según esta definición, son prueba tanto los instrumentos para adquirir información que están expresamente

regulados por la ley (las denominadas pruebas *típicas*) como aquellos que la ley no regula expresamente (las denominadas pruebas *atípicas*) pero que, sin embargo, pueden servir para fundar la decisión sobre los hechos. Podemos agregar que, en términos generales, se pueden considerar como racionalmente admisibles todas las pruebas, típicas o atípicas, que sean *relevantes* en la medida que aporten informaciones útiles para formular esa decisión; se excluyen del proceso sólo aquellas pruebas que, aún siendo relevantes, sean calificadas como inadmisibles por alguna norma jurídica específica {como por ejemplo, las pruebas ilícitas o aquellas para cuya adquisición habría que violar el secreto personal o profesional).

En este contexto, se acostumbra a decir que la función de la prueba es la de ofrecer al juez elementos para establecer si un determinado enunciado, relativo a un hecho, es verdadero o falso. A su vez, se dice que un enunciado fáctico es *verdadero* si está confirmado por pruebas y *es falso* si las pruebas disponibles confirman su falsedad; y *no está probado* si en el proceso no se adquirieron pruebas suficientes para demostrar su verdad o falsedad. En función de cuál de estas posibilidades se dé, el juez decidirá de uno u otro modo y extraerá consecuencias jurídicas.

Estas cosas son obvias y ni siquiera valdría la pena discutir sobre ellas, si no fuere por su calidad de premisas para discutir un problema importante respecto de la naturaleza de la prueba judicial. Este problema deriva del hecho de que -simplificando mucho un panorama tremendamente complejo- parece que existen al menos dos concepciones fundamentales de la prueba judicial.

Según una primera concepción, la prueba es, esencialmente, un *instrumento de conocimiento*. Así, la prueba ofrece informaciones relativas a los hechos que deben ser determinados en el proceso. Por ejemplo, un documento "representa" una declaración y por lo tanto

informa acerca del hecho respecto del cual la declaración ha sido tomada: (5) se demuestra como verdadero -al menos *prima facie*- si lo contiene un documento (y no se objeta la autenticidad del documento). Una grabación "representa" un hecho que se afirma que sucedió: (1) se demuestra como verdadero si la CNN transmite una grabación en la cual Alan Greenspan declara oficialmente la reducción de la tasa de interés (y nadie objeta la autenticidad de la grabación). Un testigo "declara" conocer determinados hechos: (6) se demuestra como verdadero T declara haber presenciado el hecho tal como se describe (y nadie objeta la credibilidad del testigo), y así sucesivamente. Naturalmente, lo que se prueba puede ser también la falsedad de determinados enunciados: un documento puede contener una declaración diferente de (4); una grabación puede mostrar a Greenspan negando cualquier variación de la tasa de interés; un testigo puede decir que no ha sido A quien disparo a B, etcétera. En todo caso, se puede decir que la prueba es un instrumento que da información respecto al contenido del enunciado, y da a conocer la circunstancia sobre la que versa el enunciado, con la consecuencia que el enunciado mismo puede considerarse verdadero o falso sobre la base de la prueba o las pruebas que a él refieren. A su vez, se puede decir que el hecho ha sido conocido, sobre la base de las pruebas que demuestran la verdad del enunciado correspondiente. Que este conocimiento (al igual que todo el conocimiento) sea relativo al contexto en el cual el hecho se conoce (el proceso) y sea, además, *context-laden* en los diversos sentidos que se indicaron anteriormente, no tiene especial importancia: nadie duda sensatamente de que en el ámbito del proceso no se establecen verdades absolutas y que cualquier conclusión que el juez extraiga del análisis de las pruebas depende de las pruebas que se incorporaron al proceso. Estas limitaciones, intrínsecas al contexto en el cual se usa la prueba judicial, pueden influir sobre el *grado de verdad* (o mejor dicho: sobre el grado de aceptabilidad, de probabilidad o de confirmación) que puede ser atribuido a los enunciados fácticos, pero no excluyen

que, a través de las pruebas, se determine la verdad o falsedad de estos enunciados y que, por lo tanto, se conozcan los hechos de los cuales se ocupan esos mismos enunciados.

De acuerdo con la segunda concepción, la prueba no sería más que un *instrumento de persuasión*, y como tal no tendría nada que ver con el conocimiento de los hechos. La prueba no serviría, pues, para establecer la verdad o falsedad del enunciado alguno y, por tanto, tampoco para proporcionar conocimiento acerca de nada, sino que serviría sólo para persuadir al juez, para convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico. La prueba, según esta concepción, no ofrece información sino elementos de persuasión. Es decir, en el juicio no se "conocen" los hechos: todo se agota en los discursos y narraciones que se hacen en el proceso, y de esa manera se puede definir como verdadero el enunciado del cual el juez está persuadido, pero sólo en función del hecho de que realmente lo esté y afirme estarlo. Cualquier cosa que piense el juez, estando persuadido de ella, está probada y, por lo tanto, se puede considerar verdadera a los efectos del proceso. En el marco de una concepción de este tipo, es extremadamente difícil (y, de todas maneras, totalmente inútil) analizar las características y la estructura de la prueba: de hecho, ella es compatible con (más aún, implica) una concepción irracional de la prueba judicial y, en todo caso, no exige que se dé una definición específica de la prueba. Dado que la persuasión de un sujeto respecto a cualquier cosa es de hecho un estado psicológico y nada más, la prueba puede ser cualquier cosa que hubiese incluido en la formación de este estado psicológico y tiene valor en la medida en que haya producido ese efecto, no por otras razones. Por otra parte, la persuasión puede deberse a cualquier causa, no sólo a la producción de pruebas en sentido estricto, por lo que resulta más tiempo ocioso preguntarse en el plano teórico qué es una prueba. Todo el problema se reduce a constatar *ex post* si el juez está o no persuadido de la verdad o falsedad de un

enunciado. No se puede siquiera discutir si el convencimiento del juez es correcto o equivocado, porque ello supondría una teoría descriptiva o normativa de la prueba y del convencimiento del juez, mientras que las persuasiones no son correctas ni equivocadas, ni verdaderas o falsas: simplemente existen o no en la mente del juez.

Al respecto, se puede observar que la prueba, como en el cuento de los dos ciegos que tocan a un elefante y uno cree que es un árbol y el otro una serpiente, es un fenómeno bastante complejo, de modo que no nos puede sorprender que se describan y se representen diversos aspectos a partir de diferentes puntos de vista. Sin embargo, hay que señalar que las dos concepciones hasta ahora individualizadas no son equivalentes entre ellas, y mucho menos intercambiables (tal como un árbol no es una serpiente).

En particular, respecto a la segunda concepción de la prueba, que podríamos denominar *persuasiva*, se puede decir que no es totalmente falsa, en la medida en que contiene algunos elementos de verdad. Sin embargo, es absolutamente *parcial* (y, por lo tanto, resulta falsa si se considera como la única concepción posible), ya que se corresponde típicamente con el punto de vista del abogado. En efecto, es especialmente el abogado quien usa las pruebas no con el fin de conocer o de comunicar conocimientos, sino con el fin de convencer al juez sobre la credibilidad de *su* versión de los hechos. El objetivo fundamental que persigue el abogado no es el de descubrir la verdad, o de tratar que el juez la descubra, sino el de ganar el caso. Puede decirse que el abogado puede estar verdaderamente interesado en descubrir la verdad en un solo caso: cuando la verdad de los hechos conduzca a la victoria de su cliente. En el caso opuesto, es decir cuando el descubrir la verdad podría llevar a la derrota de su diente, el interés efectivo del abogado es que ésta permanezca en el misterio o que, en todo caso, el juez determine los hechos probados en un sentido favorable, aunque no sea verdadero. No

es casualidad que el abogado no tiene ninguna obligación de presentar todas las pruebas de las que tiene conocimiento y menos aún aquellas que no favorecen a su cliente (pero que servirían para demostrar la verdad): tiene sólo el interés de presentar todas las pruebas *favorables* que posee. El único límite al comportamiento del abogado es que no puede hacer uso de pruebas cuya falsedad conoce.

Si bien éste es el punto de vista típico del abogado, no es el único punto de vista antes del cual se puede mirar el problema de la prueba y del conocimiento de los hechos y, tal vez, no es siquiera el punto de vista teórico más rico. Por otro lado, se puede observar que la pura y simple persuasión, desconectada de cualquier posible relación con el conocimiento, puede conducir a conclusiones falsas. Un testigo que parece muy persuasivo (tal vez porque, como requiere el tópico, es una mujer fascinante) puede hacer declaraciones falsas; un documento falso puede parecer auténtico y por lo tanto puede ser la base de la persuasión del juez. Sin embargo, las pruebas falsas ni siquiera son buenas para los abogados: están excluidas por ley y su uso consciente generalmente es castigado. Así pues, ni siquiera para el abogado es del todo irrelevante saber si la prueba ofrece informaciones verdaderas o informaciones falsas que podrían llevar al juez a convencerse de una versión errónea de los hechos.

El otro punto de vista importante es el del juez y, para dar cuenta de él, es mejor la concepción *cognoscitiva* de la prueba, presentada más arriba. De hecho, es verdad que el juez debe, de algún modo, "persuadirse" de la verdad o falsedad de un enunciado fáctico y, por tanto, no es completamente erróneo plantear que su convencimiento puede ser *también* fruto de la persuasión. Pero ello no agota de ninguna manera el problema. Por un lado, el juez debe fundar su decisión exclusivamente en pruebas admisibles. Por lo tanto, no es irrelevante cuál sea la fuente de su persuasión: si esta deriva de informaciones

extrajudiciales (la denominada "ciencia privada" del juez) o de pruebas ilícitas o inadmisibles, la decisión no se podrá basar en ellas sólo porque el juez las encuentre persuasivas. Por otro lado, el juez debe someter a control crítico las fuentes de su convencimiento (verificando la autenticidad y la credibilidad o la falsedad de la prueba), las inferencias que formula de un enunciado fáctico a otro (ya que los criterios de *su* razonamiento deben ser aceptables y lógicamente válidos) y la fundamentación de las conclusiones que extrae (ya que sus elecciones deben estar racionalmente justificadas). Puede resultar, entonces, que el juez llegue a conclusiones que estén racionalmente fundadas en los elementos de prueba de que dispone, pero que estén en oposición con sus perturbaciones personales basadas otras causas: en este caso, la persuasión subjetiva del juez no cuenta, la decisión debe fundarse sobre la base de informaciones objetivamente controlable y de argumentaciones lógicamente válidas. A diferencia del abogado, el juez no tiene nada que ganar en la competición judicial, y no está (o al menos no debería estar) inclinado a hacer prevalecer una versión de los hechos y no otra, para favorecer el interés de Ticio o de Cayo: su punto de vista es el de quien debe tratar de alcanzar una decisión justa, en los términos indicados anteriormente.

Naturalmente, el sentido que debe atribuirse a la posición del juez depende de cómo se conciba la función de juzgar. Si se sostiene, como hacen muchos, que el juez sólo tiene el rol de un árbitro pasivo en el debate de las partes, con la única función de sancionar las violaciones a las reglas del juego, entonces no se espera que el juez establezca la verdad de los hechos (en ningún sentido del término). En este caso, es difícil (si no imposible) explicar cómo puede hacer el juez para formular la decisión y cuál es la función de la prueba: es justamente en el vado conceptual que aquí se produce donde encuentra espacio en la concepción persuasiva de la prueba. Si no se sabe cómo decide el juez

(ni se le prescribe decidir según criterios determinados) y no se sabe cuál es el resultado de la prueba, se puede conjeturar que estas sirven únicamente para persuadir al juez y que éste termine considerando verdadero sólo aquello de lo que está persuadido. Resulta claro, sin embargo, que en este ámbito no hay espacio para ninguna teoría de la decisión justa: además, si se piensa que la función de la decisión es simplemente poner término a la controversia, que esa es la finalidad fundamental del proceso, no tiene importancia si la decisión se funda o no en enunciados fácticos verdaderos, como tampoco si se aplican o no de manera apropiada las normas jurídicas que regulan el caso. En el proceso, entendido como libre competición entre las partes, en el cual el juez tiene sólo una función equivalente a la de un árbitro deportivo, gana, por definición, el más hábil o el más fuerte, no aquel que tendría razón sobre la base de los hechos y de las normas.

Si, en cambio, se considera que el juez, además de gobernar el proceso, es el garante de la correcta aplicación de la ley y que tiene la tarea fundamental de asegurar la tutela efectiva de los derechos, entonces el acento se traslada necesariamente hacia los criterios en función de los cuales el juez formula su decisión. Desde esta perspectiva, se espera que ésta no sea "cualquier decisión", que resultaría aceptable si el interés fuera lograr poner término "de cualquier manera" al litigio, sino que sea una decisión *justa* en el sentido definido anteriormente. Esto implica que la decisión resulte de la correcta aplicación de las normas jurídicas que regulan el supuesto de hecho, pero la correcta aplicación de la ley en el caso concreto implica -como ya hemos visto- que hayan sido determinados los hechos "adecuados", es decir que se haya establecido la verdad o la falsedad de los respectivos enunciados a partir de las pruebas disponibles.

En la práctica judicial, la función cognoscitiva y la función persuasiva de la prueba se entrecruzan de varias maneras en función de los diferentes

contextos procesales concretos, con el resultado de que puede incluso hacerse difícil distinguirlas. En el plano teórico parece, de todas maneras, evidente que la concepción persuasiva no agota la función de la prueba y sólo consigue poner de relieve algunos aspectos de su uso forense. La concepción cognoscitiva, en cambio, identifica exactamente la función de la prueba, que están directamente relacionadas con la función del juez tal cual se define en los sistemas que exigen que la decisión sea "justa en los hechos" y no sólo en el derecho.

4. Prueba y verdad

Como se ha señalado ya anteriormente, el problema de la verdad o falsedad de los enunciados fácticos se plantea en contextos muy diversos, en los cuales del hecho de que un enunciado sea verdadero o falso se extraen consecuencias relevantes. Es el caso de los enunciados (1)-(6) analizados al comienzo, ya que la verdad o falsedad de cada uno de ellos puede ser relevante en varios contextos y para varios efectos, pero sucede exactamente lo mismo en otros innumerables casos. Como también se ha visto, este mismo problema se plantea en el contexto del proceso, en el cual la verdad o falsedad de un enunciado fáctico es relevante, de forma que se hace necesario probar si dicho enunciado es verdadero o falso.

Se acostumbra a decir (como ya se mencionó anteriormente) que el contexto del proceso es peculiar por muchas razones: porque hay reglas de exclusión de cierto tipo de pruebas, porque a veces hay normas que determinan *apriori* el valor de ciertas pruebas, porque *interesse rei publicae ut sit finis litium* de tal forma que la búsqueda de la verdad no puede durar indefinidamente, etcétera. Éstas observaciones son correctas, a pesar que su significado cambia mucho de un proceso a

otro, pero no excluye en absoluto que también en el proceso se tienda a establecer la verdad de los hechos por medio de las pruebas, de una forma substancialmente similar al cuánto sucede fuera del proceso. De hecho, tampoco en los demás sectores de experiencias se cuenta con todas las informaciones posibles, por las más variadas razones (incluso, por ejemplo, la necesidad de tomar en cuenta algunas normas que también fuera del proceso protegen la *privacy* individual y el secreto profesional), y se tiene también un límite del tiempo y de recursos para la búsqueda de la verdad de un hecho, cuyo conocimiento sirve para tomar una decisión ulterior. Sin embargo, no se duda, a pesar de estos límites, de que la búsqueda de la verdad tiene sentido y que un decisor racional debe tender a maximizar la verdad de su conocimiento sobre los hechos que le interesan, si quiere maximizar la validez de sus decisiones y reducir el riesgo de errores que puedan traer graves consecuencias. Para dar un solo ejemplo entre los que ya se usaron, sería un pésimo decisor el asesor financiero que decidiera una inversión sin saber si (1) es verdadero o falso y, por lo tanto, sin tratar de buscar pruebas al respecto.

Obviamente, en el ámbito del proceso se puede hablar solamente de verdad relativa y *context-laden*, del mismo modo que se puede hablar de procesos más o menos orientados a favorecer la búsqueda de la verdad, pero también la relativización de la verdad opera en cualquier otro contexto de la experiencia (quizás con las únicas excepciones de la teología y la metafísica). Sin embargo, vale la pena precisar que el carácter contextualmente relativo de la verdad que se puede alcanzar en el proceso, no constituye una razón suficiente para afirmar que en el mismo se puede solamente hablar de verdad como *coherencia* de la decisión final respecto del contexto procesal y de las enunciaciones o narraciones que en él se dan.

Por una parte, en efecto, si se observan los enunciados y las narraciones de los hechos que se formulan en el proceso, se descubre fácilmente -como ya vimos anteriormente- que provienen de sujetos diferentes, que tienen finalidades diferentes y, sobre todo, que en la mayoría de los casos, son contradictorios entre ellos. Siendo ésta la inevitable estructura dialéctica del proceso, resulta bastante difícil establecer *respecto a qué* debería ser coherente la decisión final sobre los hechos para que se pudiera considerar como verdadera y en qué debería consistir ese nexo de coherencia. Se podría decir que la decisión debería ser coherente con las afirmaciones de las partes y con el resultado de las pruebas, pero ¿qué sentido puede tener todo eso en un contexto en que las partes hacen afirmaciones contradictorias y las pruebas, además, producen resultados divergentes y en conflicto?

Por otra parte, si se observa la coherencia interna de una narración específica, por ejemplo, la que el juez desarrolla en la sentencia, es fácil ver que la mencionada coherencia no garantiza de ninguna manera la justicia de la decisión. En efecto, existen narraciones perfectamente coherentes pero falsas: basta pensar en una buena novela con una estructura narrativa tradicional (sobre la cual nadie se pregunta si es verdadera, justamente porque se sabe *a priori* que no lo es) con un testimonio falso presentado por un testigo especialmente hábil. Sin embargo, el proceso no necesita de narraciones fantásticas o falsas, aunque sean coherentes: la justicia necesita de narraciones verdaderas, aunque algunas veces sean incoherentes desde el punto de vista narrativo. Como mucho, se podría sostener que una narración coherente es más persuasiva que una incoherente y que, por lo tanto, sería preferible como fundamento para la decisión. Todo ello, sin embargo, que supondría la aceptación de algunas premisas dudosas: a) que la coherencia de la narración es verdaderamente un factor -o el factor principal- del carácter persuasivo de la misma; b) que en el proceso se dan narraciones coherentes o que

sólo las narraciones coherentes pueden ser tomadas en consideración; e) que las pruebas sirven sólo para persuadir. Como se puede ver fácilmente, todas estas premisas son en realidad *question begging*.

Finalmente, si el único problema del proceso fuese el de ser un espacio en donde se formulan narraciones coherentes, ni siquiera tendríamos el problema de la prueba de los hechos: bastaría dejar hablar a los actores del proceso y luego determinar quién es coherente y quien no lo es. En ese caso, cada proceso terminaría coincidiendo con una *pièce* de teatro en la cual cada uno narraría lo que quisiera y como quisiera. Sin embargo, aparte del hecho que a menudo se trataría de una *pièce* especialmente larga y aburrida, hay que considerar que entre la justicia y la literatura existen, junco a similitudes superficiales que a menudo se exageran, diferencias radicales que no se deben perder de vista. En efecto, los criterios que se usan para interpretar y evaluar textos literarios son diferentes de los que se usan para establecer la justicia de la sentencia desde el punto de vista de su fundamento fáctico.

Resulta entonces que, a pesar de todas las dudas que se puedan tener respecto del concepto general de *verdad como correspondencia*, y todos los problemas que conlleva, este concepto de verdad es el único que resulta sensato en el contexto del proceso. Entre los muchos argumentos que se podrían mencionar en este sentido, vale la pena destacar especialmente dos.

El primer argumento, es que la norma sustantiva que usa el juez como criterio para la decisión, presupone que la *Konkrete Tatbestand* (es decir el hecho jurídicamente calificado que es objeto de decisión) se haya verificado efectivamente fuera del proceso y de sus narraciones, es decir, en el mundo de los acontecimientos reales (empíricos, históricos, materiales, etc.). Si dicho hecho no se ha producido "en la realidad", no se puede aplicar la norma y, si se aplica, es suficiente para calificar como injusta la sentencia.

La segunda razón, es que en el proceso se usan pruebas y que estas no sirven para producir narraciones, sino para proporcionar informaciones sobre acontecimientos que se conjetura que sucedieron fuera del proceso. En cierto sentido, la prueba es el nexo entre los discursos que se hacen en el proceso y los acontecimientos del mundo real: una película muestra "lo que sucedió"; una grabación permite oír "lo que se ha dicho"; un testigo veraz narra "lo que ha visto o escuchado" en el mundo de los hechos reales. Mediante este nexo el juez reconstruye "la realidad" de los hechos relevantes para la decisión.

Vale la pena realizar un comentario adicional: las consideraciones que preceden tienen sentido en general, con independencia del tipo de hecho del cual se hable. En otros términos, la concepción de la verdad procesal como correspondencia con la realidad externa y, por lo tanto, como demostrar en juicio mediante pruebas, es válida para todo tipo de hecho que el juez deba verificar. Es verdad que, en muchos casos, el juez no se enfrenta únicamente con hechos materiales empíricamente verificable. Los enunciados (1)-(3) son ejemplos especialmente claros de hechos cuya característica principal es -como ya hemos visto- que son socialmente contruidos y se producen en contextos sociales extremadamente sofisticados y complejos, fuera de los cuales ni siquiera se podrían imaginar y mucho menos describir con enunciados declarativos.

Sin embargo, estos hechos particulares "suceden" fuera del proceso, en un mundo de fenómeno que no son irreales sólo porque han sido socialmente contruidos. Cualquiera que sea su naturaleza ontológica, la reducción de la tasa del interés por parte de la *Federal Reserve* es un hecho de cuya existencia real dudarían pocos asesores financieros, en el caso de que tuvieran la prueba, con independencia de sus concepciones filosóficas fundamentales (en el caso de que tengan alguna). Si en una

controversia comercial internacional, es necesario establecer la entidad de intereses cuya tasa está vinculada a la tasa de interés americana, su reducción se considerará como un hecho importante que se ha producido (1) en el mundo de los fenómenos financieros "reales". Se trata, pues, de un hecho al que debe corresponder un enunciado procesal verdadero. En sentido inverso, un enunciado procesal que afirme que tal reducción se ha producido *es* verdadero sólo si, en el mundo "externo" de los fenómenos financieros, ésta se ha producido efectivamente. Consideraciones análogas se pueden hacer para todo hecho que sea social o culturalmente construido en su totalidad o parcialmente. Los hechos empíricos constituyen sólo el material bruto que se usa para las más diversas construcciones sociales, valorativas, simbólicas o de categorías.

Así, queda en pie la afirmación de Searle de que cada realidad construida socialmente, presupone una realidad no construida socialmente. No es casual que el mismo Searle aconseja realizar un "acto concluyente de limpieza filosófica" consistente en concebir la verdad como correspondencia a la realidad, aunque sea con una actitud similar a la que Susan Haack denomina *innocent realism*. Serrara, en definitiva, de reconocer que el mundo real existe y que de él se pueden dar infinitas descripciones verdaderas, siendo su verdad reportable al mundo real.

En todo caso, también ante enunciados que afirman la existencia de hechos como los que hemos analizado, ciertamente no reducibles a una simple dimensión empírica, el juez debe establecer la correspondencia del enunciado con la realidad del hecho que se está describiendo. De hecho, para esto sirven las pruebas, tanto en el proceso como en cualquier otro ámbito de la experiencia.

1. Introducción

La definición del papel del tribunal y de las partes en la recolección y presentación de prueba en el litigio civil, *es* un problema fundamental que ha sido y sigue siendo objeto de discusión y de variada experimentación en muchos sistemas procesales. El propósito de esta presentación no es desarrollar un análisis completo del tópico, que requeriría mucho más tiempo y una comparación completa de diversos sistemas, ni tampoco consiste en proponer una solución final al problema. Más bien, me gustaría bosquejar las características más significativas del tema, y luego sugerir una perspectiva con la cual éste podría ser adecuadamente manejado, con posibilidad que pudiera conducir a una solución.

Una observación preliminar es necesaria. Tradicionalmente, pero también hoy en día, el tema del rol activo del tribunal y el rol de las partes ha sido considerado mediante la bien conocida distinción entre los modelos de litigación civil *adversaria*! e *inquisitivo*. Mi opinión es que esa distinción es equivocada e inductiva a errores: por lo tanto, debiera ser dejada de lado. Dicha distinción es descriptivamente falsa debido a

* Publicado por Revista de derecho (Valdivia) [online], 2003, vol. 15 [citado 2009-03-18], pp. 205-213. Disponible en: <http://www.scielo.d/scielo.php?scriptaosd_arttext&pid=S0718-09502003000200010&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

que ya no existen sistemas adversariales "puros" de litigación civil: todos los modernos sistemas procedimentales (incluyendo el inglés después de 1999 y el de Estados Unidos, pero también el de Alemania, el de Francia, el de España, el de Italia y el de China) proveen a los tribunales con un *rol de gestión*, usualmente fuerte, invistiendo al juez con poderes relevantes para recabar pruebas de *su* propia iniciativa.

Por otra parte, si "adversaria)" significa que las partes tienen el derecho a incoar el caso, a determinar el objeto de la litis, y a desarrollar sus propias defensas presentando toda la prueba disponible, entonces todos los sistemas modernos son, en este sentido, adversariales, a pesar de que usen diferentes medios técnicos para concretar los derechos procesales de las partes. Más aún, sí "inquisitivo" significa, como el origen y la historia del término lo sugieren, un procedimiento en el cual todos los poderes están en manos del tribunal y las partes no tienen ninguna oportunidad de ser oídas, entonces ningún sistema moderno de litigación civil podría ser apropiadamente definido como inquisitivo.

La distinción es también equívoca a causa de que, muy frecuentemente, se la usa como un arma ideológica en vez de como un medio de descripción. En otros términos, se usa con el ánimo de apoyar la creencia de que un sistema adversaria! es bueno en sí mismo, porque se corresponde con la ideología liberal clásica de la sociedad, y también con la idea de justicia civil, siendo una estructura basada en la libre competencia entre individuos particulares ante un juez "arbitrar' y pasivo. En el sentido opuesto, cualquier sistema inquisitivo se presenta como intrínsecamente malo y, en consecuencia, merecedor de rechazo porque le otorga al tribunal, es decir, al Estado, la posibilidad de interferir en el arreglo privado de las disputas, en tanto esos conflictos debieran ser dejados a la dinámica de la iniciativa individual y privada.

En mi opinión, estas razones son más que suficientes para abandonar la distinción entre los modelos de proceso civil adversariales e inquisitivos. Por ello, no la usaré en lo sucesivo.

2. Factores que Influencian las Aproximaciones al Problema

Las aproximaciones al problema del rol del tribunal y de las partes en la recolección de prueba, pueden ser muy diferentes, dependiendo de una variedad de factores que merecen al menos una breve consideración en este trabajo.

Uno de esos factores es la existencia de diferentes suposiciones sistémicas concernientes a los propósitos y a la función del litigio civil. Simplificando fuertemente un rango de opiniones muy diverso, podríamos identificar dos aproximaciones teóricas principales. La primera, se basa en la idea de que el propósito y la función del litigio civil es la resolución de disputas entre individuos privados. *Eso* significa que algunos sistemas legales y sociales no tienen un interés real en los contenidos y en la calidad de la decisión judicial, supuesto que esas decisiones son efectivas para superar los conflictos. Por así decirlo, un juicio puede ser correcto o incorrecto, justo o injusto, pero el propósito del litigio se consigue cuando las partes, de cualquier modo, ponen término a su conflicto. En esta perspectiva, la oportunidad de las partes de ser escuchadas es únicamente un medio para inducir las a aceptar la decisión final, sea lo que sea lo que ésta diga. La así llamada "teoría de la justicia procesal" dice que la justicia exclusivamente depende de la equidad en el procedimiento, no importando la calidad y los contenidos de la decisión.

Desde que el propósito es poner fin al conflicto, los criterios con los cuales se determina la decisión del caso realmente no importan:

el tribunal podría incluso realizar decisiones echando los dados, si ese fuera un método socialmente aceptado para resolver las disputas. En particular, en este contexto no importa si la decisión final se basa o no en una reconstrucción fidedigna de los hechos del caso. La verdad de los hechos del caso no se considera como un propósito del litigio civil y, por tanto, el sistema procesal no debiera estar orientado a la búsqueda de la verdad: esta búsqueda puede ser una empresa compleja y ardua que no es realmente necesaria para los efectos de resolver una disputa. De hecho, podría incluso impedir un rápido y eficiente manejo de los conflictos individuales. No puede sorprender, pues, que el principal valor sobre el cual se basa esta perspectiva, es la completa e irrestricta libertad de las partes en el contexto de los procedimientos judiciales.

El otro enfoque parte de la suposición de que el principal propósito del litigio civil es resolver disputas por medio de decisiones que aplican correctamente las provisiones legales relevantes a los hechos del caso particular. Para la correcta aplicación de las normas, una reconstrucción fidedigna de los hechos a los cuales las normas deben ser aplicadas es una condición necesaria (aunque no suficiente), por la buena razón de que ninguna regla legal puede ser correctamente aplicada a los hechos incorrectos. En otros términos: una decisión justa es el propósito final del litigio civil, pero una ponderación fidedigna de los hechos del caso es un requisito para una decisión justa y, por lo tanto, deviene un valor instrumental, pero esencial. También en esta perspectiva, la solución de las disputas es la tarea de la justicia civil, pero no cualquier solución se acepta sólo porque permite superar el conflicto: solamente las "buenas" decisiones resultan admisibles. Una buena solución es una decisión verdadera que respeta la ley; una mala solución es una decisión incorrecta, basada en una pobre, incompleta o no confiable ponderación de los hechos.

Un factor ulterior que debiera considerarse es la existencia de diferentes *supuestos epistemológicos* acerca de la verdad en general, y de la verdad judicial en particular. Una opinión bastante extendida es escéptica acerca de la posibilidad de lograr una reconstrucción fidedigna de los hechos en un conrepro judicial, sea sobre la base de un escepticismo general y radical acerca de cualquier posibilidad de un conocimiento fidedigno, o sobre la base de un escepticismo más limitado y específico acerca de la posibilidad de conseguir un conocimiento verdadero en el contexto del litigio civil. El escepticismo radical puede derivar de varias premisas filosóficas, como aquéllas que son características de la así llamada filosofía postmoderna; el escepticismo específico es típico de abogados prácticos y es usualmente justificado por referencia a los límites de la búsqueda de la verdad en los procedimientos judiciales. En ambos casos, sin embargo, la idea de una "verdad judicial" es considerada un sin sentido, o se concibe solamente en términos de una verdad "formal" que no tiene nada que ver con la realidad de los hechos.

La suposición contraria admite la posibilidad de alcanzar, al menos, una *verdad relativa* (nadie piensa en una verdad absoluta) acerca de los hechos materiales e históricos, i.e., un grado razonable de aproximación a la realidad de esos hechos. Tal posibilidad se admite en general sobre la base de epistemologías críticamente realistas que postulan que puede alcanzarse un conocimiento racional de los hechos si se emplean los medios adecuados. En contextos judiciales, esta posibilidad se admite considerando que, sin perjuicio de los límites que son intrínsecos en la investigación judicial y en la producción de la prueba, puede conseguirse una razonable aproximación a la realidad de los hechos en juicio sobre la base de una prueba adecuada, particularmente cuando los mecanismos procesales están orientados hacia la consecución de una reconstrucción fidedigna de esos hechos.

Estas distinciones sistemáticas y epistemológicas pueden cruzarse y combinarse con cada una de las otras de varias maneras. En realidad, los enfoques escépticos tienden a calzar bien con la "teoría de la resolución de conflictos" del litigio civil, mientras que los enfoques orientados a la verdad tienden a calzar mejor con la "teoría de la decisión justa". Cualquiera sea la proporción, estos factores influyen la concepción acerca de la naturaleza y la función de la prueba, y -consecuentemente- también el modo en cómo se definen los papeles del tribunal y de las partes en la producción de la prueba.

Dentro de la teoría de la prueba, actualmente se realiza una distinción general. De acuerdo a una extendida opinión, la prueba puede entenderse como un *medio de conocimiento*, i.e., como un conjunto de información mediante el cual el tribunal conoce por inferencia los hechos del caso y realiza una reconstrucción fidedigna de esos hechos. Por lo tanto, parece apropiado hablar de una "función epistemológica" de la prueba, y de un "rol epistemológico" del tribunal en la búsqueda y consecución de la verdad. Un enfoque diverso concibe a la prueba meramente como un *medio de persuasión* utilizado por las partes a efectos de convencer al juzgador de que una versión de los hechos debe ser preferida a otra versión. Desde que el propósito de la prueba es producir una creencia en la mente de los jueces, parece apropiado hablar de una "función retórica" de la prueba. En esta perspectiva, el papel del tribunal es el de un sujeto que es persuadido por otros sujetos {los abogados} para creer algo, no el de un sujeto que busca la verdad objetiva de algo.

Estas diferentes concepciones de la naturaleza y rol de la prueba están conectadas con las teorías de la justicia civil y de la verdad que se acaban de mencionar: la concepción epistemológica, es consistente con la "teoría de la decisión justa" y el enfoque orientado a la verdad, mientras que la concepción persuasiva, se conecta con la "teoría de la resolución de disputas" y el enfoque escéptico.

3. Las Garantías Procesales de las Partes

En cuanto al papel de las partes en el litigio civil, debe enfatizarse que todos los sistemas modernos generalmente proveen un conjunto de garantías procesales a los litigantes, a nivel de regulaciones de ley ordinaria, tanto como al nivel de principios constitucionales e internacionales. Garantías como el "derecho a la acción", el "derecho a un juicio justo" y la "oportunidad de ser oído" se incluyen usualmente en el inventario de derechos fundamentales. Ellos importan que las partes tienen el derecho a acceder al tribunal a efectos de interponer demandas civiles, el derecho a determinar el objeto de las disputas civiles y a perseguir una compensación adecuada, el derecho a presentar la prueba disponible, así como el derecho a hacer ver los argumentos legales y fácticos en apoyo de sus respectivas pretensiones.

Dentro de este complejo conjunto de derechos, uno particularmente importante es el derecho a la prueba. Usualmente se lo define como el derecho de toda parte para producir toda la prueba relevante que esté en su posesión, para obtener la presentación de prueba relevante que esté en posesión de otras partes o de terceros, y que toda esa prueba sea debidamente considerada por el tribunal. El derecho a la prueba es un aspecto fundamental del derecho de acción y a la defensa: en realidad, sería un sinsentido decir que las partes pueden ejercer estos derechos pero que no se les permite probar por ningún medio disponible las aseveraciones fácticas que son la base de sus pretensiones y defensas.

Con todo, estas garantías no implican que *sólo* las partes individuales tienen un papel que jugar en el litigio civil. Por una parte, de hecho, funciones importantes pueden ejecutarse por otros sujetos, como organizaciones o asociaciones, públicas o privadas (como, por ejemplo, las asociaciones de consumidores u organizaciones para la protección

del medio ambiente), que pueden tomar parte en los procesos haciendo usos de derechos y proveyendo al Tribunal con información que puede resultar relevante para la decisión correcta del caso. Por otra parte, el mismo tribunal puede jugar un rol significativo y activo en el manejo de los procedimientos y en la guía de las investigaciones apropiadas, con el fin de conseguir una decisión informada y precisa.

4. La Búsqueda de la Verdad y El Rol Activo del Tribunal

En los sistemas de litigio civil que están enfocados a la resolución de disputas por medio de decisiones justas, la búsqueda de la verdad de los hechos del juicio adquiere un carácter esencial.

La iniciativa de las partes en la presentación de prueba es también muy importante en estos sistemas, pero no puede ser considerada suficiente para asegurar que se alcance efectivamente la verdad de los hechos. No hay duda de que las partes tienen un fuerte interés en presentar toda la prueba que esté a su alcance, a los efectos de cumplir con la carga de la prueba que tienen en relación con los hechos que han sentado como bases de sus pretensiones y defensas. Sin perjuicio de ello, la iniciativa de las partes puede no ser suficiente para conducir al tribunal al hallazgo de la verdad de todos los hechos relevantes. Por una parte, no se puede esperar que las partes jueguen un papel cooperativo dirigido al descubrimiento desinteresado y objetivo de la verdad: en realidad, practican un tipo muy diferente de juego, de sumatoria cero, con el objeto de ganar su caso a cualquier costo, y desde luego -si es necesario- al cosco de la verdad. En contra de una extendida opinión, nada asegura que el choque libre de las actividades probatorias en competencia de las partes hará por sí solo que el tribunal encuentre la verdad. De hecho, nadie puede, razonablemente, suponer que la verdad se encuentre, por definición, "contenida" en las aseveraciones de las partes, y que ella se

verá develada únicamente en virtud de su afán competitivo. Más aún, las partes pueden tener intereses convergentes en no desarrollar, respecto de los hechos relevantes, un análisis completo o una prueba global, o incluso más, pueden tenerlo en esconder algunos hechos de los ojos del tribunal.

Por otra parte, a menudo los litigantes no están en condiciones iguales o, al menos, comparables desde el punto de vista cultural y económico: los recursos de una parte pueden ser limitados, y su inversión en la producción de prueba puede no encontrarse equilibrada con la inversión de la otra. En otros términos, puede haber una parte "débil" (el trabajador, el consumidor, el pobre), que no está capacitada para realizar un uso efectivo de sus derechos procesales y, en particular, de su derecho a la prueba. En los sistemas que confían sólo en la iniciativa de las partes, el desequilibrio de las posiciones procesales de las partes puede impedir seriamente la producción de toda la prueba relevante, imposibilitar el descubrimiento de la verdad y, por lo tanto, la corrección de la decisión final. El peligro concreto es que la "verdad" sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante.

Estas razones están en la base de una tendencia general existente en casi todos los sistemas procesales, en el sentido de proveer a los tribunales con un rol activo en la clarificación y en la definición apropiada de las materias de hecho, y en la producción de prueba de propia iniciativa del tribunal, mucho más allá de la prueba presentada por las partes. Actualmente, casi todos los sistemas procesales han cambiado del sistema tradicional adversarial, con un tribunal pasivo que confía exclusivamente en la producción de prueba por las partes, a un modelo en el cual el tribunal es responsable de la consecución de decisiones verdaderas acerca de los hechos del caso. Consecuentemente,

los tribunales son investidos con todas las facultades activas necesarias para jugar este papel.

Esta función de los tribunales se define en términos más amplios o más restringidos, de acuerdo a los distintos sistemas procesales. Cuando el valor de una decisión ajustada a la verdad de los hechos tiene una ponderación especialmente alta, las funciones del tribunal se definen con amplitud, y éste tiene una responsabilidad mayor en la colección de la prueba relevante y en el descubrimiento de la verdad. El ejemplo chino es especialmente significativo, en el que el tribunal tiene la tarea de investigar todos los hechos del caso y de recoger toda la prueba significativa (Art. 116 del Código de Procedimiento Civil). Con todo, otros sistemas siguen la misma tendencia, al menos hasta cierto punto, aunque la estructura general del juicio civil pueda ser diferente. Por ejemplo, de acuerdo al Art. 10 del Código de Procedimiento Civil francés, el tribunal tiene la facultad de ordenar de propia iniciativa todos los medios admisibles de prueba. En Italia, el tribunal tiene un poder semejante, pero solamente en casos laborales (Art. 421 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil).

En otros sistemas, el tribunal tiene la facultad de producir o de ordenar la presentación de prueba, pero tal facultad no está definida en términos generales y se refiere específicamente a algunas clases de pruebas. Por ejemplo, en Alemania el tribunal puede ordenar cualquier tipo de prueba, pero no puede llamar a testigos por propia iniciativa; en Italia, en los casos ordinarios el tribunal puede ordenar algunos medios probatorios (como inspecciones y prueba pericial), pero los demás sólo pueden ser presentados por las partes. Es interesante considerar que incluso en los Estados Unidos, *i.e.*, en un sistema que no parece estar interesado en la búsqueda de la verdad, el tribunal tiene la facultad de llamar a testigos que no han sido llamados por las partes (Regla 614 (a) de las Reglas Probatorias Federales de 1975), y de citar a testigos

neutrales expertos (Regla 706). Pese a que estas facultades son usadas muy infrecuentemente por los jueces americanos, el hecho de que estén previstas a nivel federal es una característica muy interesante del sistema americano actual.

Incluso en sistemas jurídicos en los cuales la ley no provee al tribunal con poderes específicos para ordenar la captura de prueba por propia iniciativa, se logran resultados sustancialmente equivalentes proveyendo al tribunal con un fuerte rol ejecutivo. Un buen ejemplo está dado por las *Reglas de Procedimiento Civil* inglesas vigentes desde 1999, de acuerdo a las cuales el tribunal tiene amplios poderes para darles a las partes instrucciones acerca de las materias de hecho y de la prueba que tiene que ser presentada al tribunal (véase R.32.1).

Por lo tanto, puede decirse que, sin perjuicio de las diferencias apuntadas, existe una tendencia general a otorgar a los tribunales facultades significativas dirigidas a la producción de toda la prueba significativa y, finalmente, a la consecución de decisiones verdaderas. En algunos casos es particularmente claro que estas facultades se conceden con el objeto de respaldar a la parte que no es capaz de desarrollar por sí misma una adecuada presentación de la prueba. Por ejemplo, el Art. 146 del Código de Procedimiento Civil francés, especifica que la facultad concedida al tribunal por el Art. 10 debe ser usada sólo cuando una parte no puede presentar ninguna prueba acerca de un hecho que ha alegado. Sin embargo, aun cuando esta función del tribunal no esté expresamente prevista, se entiende generalmente que el tribunal usará sus poderes autónomos cuando resulte que una de las partes, o ambas, no presenten toda la prueba relevante. En otros términos, se supone que el tribunal debe ayudar a las partes, complementando su presentación insuficiente de pruebas. Consecuentemente, el rol del tribunal no es tomar el lugar de las partes en la producción de la prueba, ni menos impedir que las partes presenten "su" prueba. Si las partes son exitosas

en el ofrecimiento de toda la prueba disponible, el tribunal puede no hacer uso en absoluto de *sus* poderes. Es sólo cuando la actividad de una de las partes, o ambas, no resulta suficiente en la presentación de prueba para establecer la verdad de los hechos, que el tribunal debiera jugar su rol activo.

5. Un Modelo para una Producción Probatoria equilibrada

Una aproximación bastante extendida al problema del papel del tribunal y de las partes en la búsqueda de la verdad, considera a todo el conjunto de facultades procesales concernientes a la producción de prueba como algo que, de alguna manera, está dado *a priori* y que tiene que ser dividido (como una tarta) entre el tribunal y las partes, de manera tal que si a las partes se les dan muchas facultades {muchos pedazos de la tarea}, sólo unas pocas de ellas quedarán para el tribunal, y -por el contrario- si se dan muchas facultades al tribunal, entonces sólo unas pocas quedarán para las partes en litigio.

Este cuadro del problema es fundamentalmente equivocado e inductivo a errores. En realidad, no hay un conjunto predeterminado (¿por quién?) de facultades a ser divididas, ya que los roles del tribunal y de los litigantes son tan diferentes, que las facultades procesales no pueden ser simplemente adscritas a las partes en vez de al tribunal, o viceversa. Esos roles, más aún, no son complementarios: no es verdad que incrementar el papel del tribunal en la producción de prueba implique una reducción proporcional del derecho de las partes a la prueba, ni es verdad que ampliar el derecho de las partes a presentar prueba implique una consecuente restricción del papel del tribunal.

Sin embargo, ésta no es sólo una cuestión de inconsistencia conceptual. La historia de los principales sistemas procesales y constitucionales

muestra que las garantías de las partes y el rol activo del tribunal, pueden desarrollarse por vías paralelas sin interferir la una con la otra. Actualmente, la atención hacia los derechos procesales de las partes y, específicamente, hacia su derecho a probar, se está incrementando en la mayor parte de los sistemas, justamente mientras se provee a los tribunales con crecientes facultades para el manejo activo del caso y para la búsqueda de la verdad. Incluso puede decirse que estos dos aspectos se apoyan el uno al otro, en vez de limitarse recíprocamente: de un lado, las garantías procesales de las partes requieren un completo y activo control por el tribunal a efectos de ser concretadas, así como para impedir su abuso; por otro lado, las facultades activas del tribunal requieren fuertes garantías de las partes, para no degenerar en arbitrariedad y abuso de poder.

En consecuencia, si la búsqueda de la verdad se concibe como un propósito importante del litigio civil, la solución ideal debiera ser concretar al mismo tiempo los derechos de las partes y el rol activo del tribunal, con una interconexión de "frenos y contrapesos" que debiera enfocarse a maximizar las posibilidades de encontrar toda la prueba relevante de los hechos del caso.

Un ejemplo interesante de cómo las garantías de los litigantes y el rol activo del tribunal, pueden maximizarse al mismo tiempo, está ilustrado por el Código de Procedimiento de Civil francés. Como se mencionó anteriormente, el Art. 10 provee al tribunal con una muy amplia facultad de ordenar de propia iniciativa cualquier medio probatorio admisible. No hay duda, sin embargo, de que los litigantes tienen la carga y el irrestricto derecho de presentar cualquier prueba relevante que esté disponible para ellos (Arts. 9 y 11). Más aún, el Art. 16 del código, establece un modo específico para el ejercicio de las facultades del tribunal: en ningún caso el tribunal debiera interferir con el derecho de las partes a contradecir a la otra, y no debiera basar su decisión

sobre argumentos y pruebas que las partes no han estado en posición de discutir, ni podría basarse en argumentos legales sin que las partes hayan sido previamente invitadas a presentar sus observaciones. Una previsión legal tal no implica ningún límite a las facultades del tribunal, sino que requiere que tales facultades se ejerzan con pleno respeto a los derechos procesales de las partes.

De un modo parecido, un poder amplio de investigación por parte del tribunal podría ser contrapesado (no limitado) por la plena oportunidad de las partes para presentar toda su prueba, para discutir y contraargumentar acerca de la relevancia, admisibilidad y valor probatorio de la prueba reunida por el tribunal por propia iniciativa, y para presentar prueba contraria enfocada a destruir los hechos que pudieran ser probados por la prueba reunida por el tribunal. De esta manera, la investigación llevada a cabo de oficio por el tribunal podría ser adecuadamente combinada con una posibilidad plena para las partes de desarrollar sus propias defensas acerca de los hechos del caso, a la vista del propósito global de conseguir la más completa y fidedigna reconstrucción de los hechos.

CONOCIMIENTO CIENTÍFICO y ESTÁNDARES DE PRUEBA JUDICIAL*

I. Ciencia y Proceso. Aspectos Generales

En un cierto sentido, puede decirse que la ciencia y el proceso tienen un objetivo común: la investigación de la verdad. La investigación científica está de por sí orientada hacia la búsqueda de la verdad, aunque otro problema es definir qué se entiende por verdad científica y cuáles son los métodos empleados para conseguirla. También el proceso judicial está orientado hacia la búsqueda de la verdad, al menos si se adopta una concepción legal-racional de la justicia - como la propuesta por Jerzy Wroblewski seguida por otros teóricos de la decisión judicial- según la cual una reconstrucción verídica de los hechos de la causa es una condición necesaria de la justicia y de la legalidad de la decisión. Si se atiende a la averiguación de los hechos, el proceso puede también ser concebido como un método para el descubrimiento de la verdad: un método a veces muy complicado y con frecuencia inadecuado para el objetivo, pero sin embargo un procedimiento orientado hacia el logro de la verdad. Naturalmente, sucede con frecuencia, por las razones más diversas, que el objetivo no se alcanza. Esto demuestra solamente lo inadecuado de un particular procedimiento judicial o del modo en que

" Derechos reservados UNA.M Instituto de Investigaciones jurídicas. Publicado en Boletín Mexicano de Derecho Comparado N 114, Año 2005.

se ha desarrollado, pero no demuestra que el proceso no pueda o no deba ser concebido como un método para reconstruir la verdad de los hechos.

Esta concepción del proceso puede ser impugnada, y de hecho existen varias orientaciones teóricas según las cuales el proceso judicial no podría estar orientado hacia la búsqueda de la verdad sobre los hechos, o incluso no debería ser entendido como un método para la reconstrucción verídica de los mismos. Sin embargo, estos puntos de vista son por muchas razones infundados: el contexto procesal, de hecho, *requiere* que se busque la verdad de los hechos como condición de corrección, validez y aceptabilidad de la decisión que constituye el resultado final del proceso.

Entre ciencia y proceso, existen diferencias relevantes que deben ser tomadas en consideración si se quiere comprender de qué manera la ciencia puede ser utilizada en el contexto del proceso. La ciencia opera a través de varios tránsitos, en tiempos largos, teóricamente con recursos ilimitados, y conoce variaciones, evoluciones y revoluciones. Además, al menos según el modelo más tradicional, la ciencia está orientada hacia el descubrimiento, la confirmación o la falseabilidad de enunciados o leyes generales que se refieren a clases o categorías de eventos.

Por decirlo así, y retomando una conocida distinción de Windelbald, las ciencias naturales tienen carácter *nomotético*. Por el contrario, el proceso se refiere al conjunto limitados de enunciados, relativos a circunstancias de hecho particulares, seleccionadas y determinadas con base en criterios jurídicos, es decir, con referencia a las normas aplicables a un caso particular. Por tanto, tiene, análogamente a algunas ciencias históricas, carácter *ideográfico*. Además, el proceso opera en tiempos relativamente restringidos, con recursos limitados, y está orientado a producir una decisión tendencialmente definitiva (que se conviene en

tal a través del mecanismo de la cosa juzgada) sobre el específico objeto de la controversia.

A pesar de estas diferencias, la atención cada vez más intensa que desde hace tiempo se ha dedicado al problema general de las relaciones entre ciencia y derecho, se ha referido frecuentemente a las relaciones entre ciencia y proceso, es decir, reformulando el problema en otros términos, al uso que de la ciencia se puede hacer en el proceso. Y así ha venido emergiendo, con evidencia cada vez mayor, el problema de las "pruebas científicas", o sea del posible empleo de la ciencia como instrumento para la averiguación de la verdad sobre los hechos que deben ser analizados en el contexto procesal. Esta conexión estrecha entre ciencia y proceso tiene varias razones fácilmente comprensibles. En realidad, siempre ha sucedido que los jueces han utilizado nociones científicas para establecer o interpretar circunstancias de hecho para las que parecían inadecuadas las nociones de la experiencia o del sentido común.

Desde hace varios siglos, pero con una enorme aceleración en el siglo XX, la extensión de la ciencia en campos del saber que en el pasado eran dejados al sentido común, ha provocado un relevante movimiento de las fronteras que separan la ciencia de la cultura media no-científica: sucede cada vez con mayor frecuencia, de hecho, que circunstancias relevantes para las decisiones judiciales pueden ser averiguadas y valoradas con instrumentos científicos, y por tanto *se* reduce proporcionalmente el área en la que el juicio sobre los hechos puede ser formulado solamente sobre bases cognoscitivas no científicas. El empleo de pruebas científicas se hace en consecuencia cada vez más frecuente en el proceso civil y en el proceso penal. Por otra parte, la penetración capilar de la ciencia y de la tecnología en la vida cotidiana, desde la medicina hasta la informática, hace más frecuentes que en el pasado, las controversias que tienen origen en hechos directamente conectados con el uso de la ciencia, y que por

tanto requieren de métodos de averiguación que no pueden ser más que científicos.

Es necesario también considerar que, en muchas áreas de la cultura moderna, la ciencia está envuelta en una suerte de aura mitológica, y representa el símbolo del conocimiento cierto y de la verdad objetiva en torno a cualquier tipo de acontecimiento. Simboliza también cosas que se supone que están más allá del nivel normal de conocimiento de las personas "normales", como los abogados y los jueces. En consecuencia, la ciencia es concebida por muchos como algo extraño, ajeno y exótico, que sin embargo es indispensable para aportar respuestas verídicas a quien, como los jueces y los jurados, debe decidir sobre los hechos de una controversia. Como casi siempre sucede, sin embargo, la realidad está bien lejos del mito, como lo saben bien los epistemólogos que se interrogan sobre el estatuto científico de muchos campos del saber y sobre la arendibilidad de muchos conocimientos considerados "científicos".

Por lo que se refiere específicamente a la ciencia que puede ser utilizada en el contexto del proceso, a las perplejidades de orden general de los epistemólogos, se pueden agregar otras, dado que con frecuencia no se dispone de conocimientos científicos relevantes para la decisión sobre los hechos de la causa, no se está suficientemente cierto de la atendibilidad de estos conocimientos, o surgen dudas sobre las modalidades con que estos conocimientos son adquiridos en el proceso o son valorados por quien adopta la decisión final.

1. Que ciencia

Entre estas perplejidades, resulta muy notoria la que se refiere a "qué ciencia" es utilizable en el proceso como instrumento para la averiguación de los hechos. Este problema tiene al menos dos aspectos

particularmente relevantes. El primero se refiere a la tipología de las ciencias que se entienden como utilizables; el segundo se refiere a la calidad de la ciencia que se utiliza.

Respecto al primer aspecto, debe observarse que normalmente no surgen problemas sobre la utilización de las llamadas ciencias "duras" como la química, la biología, la ingeniería, las matemáticas, y sus respectivas articulaciones como la farmacología, la genética, la ciencia de los materiales y otras por el estilo. Más bien sucede, normalmente, que cuando el juez se encuentra frente a circunstancias que pueden ser establecidas, interpretadas o valoradas solamente recurriendo a nociones que pertenecen a estos ámbitos del saber - es decir, que son "científicas" en el sentido más obvio y más tradicional del término- renuncia a utilizar su propia "ciencia privada", que casi siempre no incluye una preparación científica adecuada, y se sirve de expertos y consultores para adquirir las nociones técnico-científicas que le sirven para emitir la decisión.

El discurso no puede sin embargo detenerse aquí, dado que en la cultura actual el ámbito de las ciencias incluye también numerosas ciencias que se pueden definir como *soft*, "humanas" o "sociales" para distinguirlas de las ciencias "duras" o "no-humanas", como la psicología, la psiquiatría, la economía, la sociología y también la historia, la estética, la crítica literaria, la ciencia de las religiones y la etnología (y otras que se pueden agregar). En estos casos, un aspecto relevante del problema es que se trata de áreas del saber relativas a hechos humanos y sociales que tradicionalmente, y por siglos, han formado parte simplemente del sentido común y no eran consideradas como "científicas"; ahora, por el contrario, estas áreas del saber se afirman como "ciencias" y pretenden una dignidad y una atendibilidad no inferiores a las de las ciencias "duras".

El otro aspecto, más específico pero no menos relevante en este tema, es que son particularmente numerosas las situaciones procesales en las cuales una u otra de estas áreas del saber son necesarias, o al menos útiles, para una averiguación correcta de los hechos de la causa. Basta pensar en controversias relativas a menores de edad en el ámbito de la familia o en la determinación de la capacidad de entender o de querer del imputado en el proceso penal, para tener algunos de los muchísimos ejemplos de casos en los que una ciencia social -la psicología- es relevante para la averiguación, la interpretación y la valoración de los hechos de la causa.

Otros numerosos ejemplos pueden referirse a la determinación y valoración de hechos económicos, como el valor de una prestación contractual o el importe de un daño sobre una cosa o hacia una persona. En esta perspectiva, el problema principal recae sobre el juez, al menos en los sistemas - como los del *civil law*-- en los que corresponde justamente al juzgador tomar la decisión relativa a si es necesario adquirir nociones científicas a través de las modalidades procesales previstas por la ley, o bien si el juez mismo entiende que es capaz de averiguar y valorar los hechos sin recurrir al auxilio de un experto.

De esta suerte de "autocrítica cultural" del juez, derivan muchas consecuencias relevantes, tanto sobre la marcha del proceso (que puede incluir o no el recurso a la consulta técnica), como sobre la naturaleza de la decisión final, que podrá estar fundada sobre datos científicamente apreciables, o por el contrario sobre el conocimiento modesto que el juez pueda tener, a partir del sentido común y de la cultura media, de las nociones necesarias para decidir. Las cosas son distintas, desde el punto de vista procesal, en los ordenamientos de *common law*, donde son principalmente las partes las que deciden si se sirven de la ayuda de expertos, y estos expertos son tratados para todos los efectos como si fueran "testimonios de parte".

En todo caso, la tendencia prevalente parece ser todavía en el sentido de infravalorar la aportación que las ciencias sociales pueden ofrecer para la correcta averiguación de los hechos en el proceso: a veces se recurre a expertos en las áreas de la psicología y del psicoanálisis, de la economía y de las otras ciencias sociales, pero esto no sucede con mucha frecuencia, y desde luego no en todos los casos en los que sería necesario y oportuno. Muchos jueces están todavía ligados a la concepción tradicional según la cual solamente cuando entra en juego una ciencia "dura" se vuelve indispensable la ayuda de un experto, mientras que las ciencias sociales pertenecerían a la cultura media, y por tanto entrarían en el normal bagaje de conocimientos del juez.

Es claro que esta concepción es infundada, y se vuelve menos aceptable cada vez que nuevas áreas del saber adquieren el estatuto de ciencias; sin embargo, la cultura media de los jueces no evoluciona con la misma rapidez y en la misma dirección en que evoluciona el conocimiento científico, lo que explica la permanencia -en la cultura jurídica- de la concepción tradicional y restrictiva de la ciencia.

Es evidente que también están sujetos a evolución los paradigmas tradicionales de la ciencia, dado que las ciencias humanas adoptan métodos, sistemas de análisis y de control, y grados de arrendibilidad de los conocimientos que no solamente son distintos de los de las ciencias "no-humanas", sino que también son profundamente diferentes entre ellos. Por decirlo así, el viejo mito simplista y unitario de la ciencia debe ser adaptado a estas nuevas realidades que - si bien de forma lenta y fatigosa-ya están encontrando la ruta de los tribunales.

El segundo aspecto problemático que se refiere al empleo de conocimientos científicos en el proceso, tiene que ver con la distinción entre ciencia "buena" y ciencia "mala" o *junk science*. La historia y la práctica del uso probatorio de la ciencia en el proceso están llenas

de ejemplos en los que la pretendida ciencia adquirida en el juicio no es atendible, no tiene fundamento y credibilidad, y por tanto -en sustancia- no es "buena ciencia". Se trata de casos en los que las informaciones científicas no son correctas, son incompletas, no verificadas, no compartidas, o bien han sido manipuladas, referidas erróneamente, o bien -incluso- no son propiamente relevantes respecto a los hechos específicos del caso concreto.

Por otra parte, existen varias pseudo-ciencias, es decir, áreas en las que se pretende que existan conocimientos generados sobre bases científicas, pero en las que estas bases no existen: se puede pensar, por ejemplo, en la grafología, en las distintas máquinas o sueros de la verdad, y en todo lo que se parece también a la "ciencia" de las huellas digitales, como por ejemplo la astrología o - en Italia- la lectura del fondo del café o -en Inglaterra- la lectura de las hojas de té.

El hecho de que este problema ha tomado gran relevancia está demostrado no solamente por la actualmente rica y amplia literatura que en varios países se refiere al tema de las pruebas científicas, sino también por la circunstancia de que los tribunales se ocupan hoy en día con una cierta frecuencia de problemas referidos a la científicidad de las nociones que en el proceso se utilizan como prueba de los hechos.

El caso más famoso, en este sentido, es la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, emitida en 1993 en el caso *Daubert*, en la cual el juez Blackmun indicó los requisitos de científicidad de las nociones que pueden ser utilizadas como prueba. Se trata: a) De la conrolabilidad y falseabilidad de la teoría científica sobre la que se funda la prueba; b) De la determinación del porcentaje de error relativo a la técnica empleada; e) De la existencia de un control ejercido por otros expertos a través de la *peer reuieun* d) De la existencia de un consenso general de la comunidad científica de referencia. Se requiere, además, que la

prueba científica sea directamente relevante (*jit*) respecto a los hechos que deben *ser* determinados en el caso concreto.

La decisión del caso *Daubert* ha suscitado muchas discusiones, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sucesiva, que no es el caso examinar aquí de modo detallado. Lo que importa subrayar es que esa decisión es un importante punto de surgimiento del problema de la calidad de la ciencia que se utiliza en el proceso: los jueces no pueden limitarse a recibir pasivamente cualquier cosa que se presente en el juicio como "científica", y deben asumir el problema de verificar la validez y la arendibilidad de las informaciones que pretenden tener dignidad científica, y que están destinadas a constituir la base de la decisión sobre los hechos. Los estándares de científicidad definidos en *Daubert* pueden también ser compartidos o ser entendidos como muy restrictivos o muy genéricos: pero queda presente el problema constituido por la necesidad de que los jueces verifiquen con el máximo cuidado la calidad de la ciencia que adoptan.

2. Qué verdad procesal

Un problema ulterior se refiere a la verdad de los hechos, en el proceso y en las ciencias. En el proceso, el problema de la verdad presenta al menos dos aspectos relevantes, que son: si el proceso puede o debe estar orientado hacia la investigación de la verdad, y, en caso afirmativo, de qué tipo de verdad se trata.

El primero de estos aspectos, se toma en consideración porque en el panorama filosófico y filosófico-jurídico actual, existen varias orientaciones según las cuales el problema de la averiguación de la verdad es considerado como un sin sentido. Desde Rorty hasta las

demás filosofías post-modernas, pero también en el ámbito de varios filones irracionalistas más tradicionales, son muchas las teorías filosóficas que llevan a excluir la posibilidad de un conocimiento verídico de la realidad.

También varias teorías idealistas o "coherenristas" de la verdad, terminan sugiriendo que el conocimiento no tiene que ver con la realidad de los eventos concretos, de manera que no se puede hablar de hechos empíricos, sino solamente de entidades lingüísticas y de sus relaciones en el ámbito de contextos "narrativos". Teorías narrativistas han sido también propuestas con referencia al proceso judicial, con la consecuencia de excluir que pueda estar orientado hacia la determinación de la verdad de los hechos.

Desde una perspectiva distinta, las teorías según las cuales el proceso no sería más que un método para la resolución de las controversias, pueden inducir a entender que la verdad de los hechos no es un objetivo del proceso, e incluso, que puede ser contraproducente si impone el descubrimiento de hechos que las partes no quieren revelar o si requiere un gasto de tiempo y de dinero que se podría evitar: después de todo, una decisión puede ser eficaz, en el sentido de poner fin a la controversia, incluso si no está fundada en la determinación verídica de los hechos de la causa. Estas teorías son criticables desde varios puntos de vista, y por tanto no constituyen un punto válido de referencia. Por el contrario, es posible sostener que el proceso está desde luego orientado a la resolución de las controversias, pero los principios de legalidad y de justicia que rigen en los ordenamientos procesales evolucionados, exigen que las controversias se resuelvan con decisiones "justas".

Una condición necesaria para la justicia de la decisión es que se averigüe la verdad de los hechos, ya que ninguna decisión puede

considerarse justa si aplica normas a hechos que no son verdaderos o que han sido determinados de forma errónea.

Argumentando de esta manera, en el ámbito de la concepción legal-racional de la justicia a la que se ha hecho referencia al principio, se puede concluir que el proceso debe estar orientado hacia la consecución de una decisión verídica, o sea correspondiente en la mayor medida posible con la realidad de los hechos. En un sentido, entonces, el proceso puede ser concebido como un procedimiento epistémico, en el que se recogen y se utilizan conocimientos con el objetivo de reconstruir la verdad de determinadas situaciones de hecho. Desde este punto de vista no existen, contrariamente a lo que se suele creer, diferencias relevantes entre el proceso civil y el penal: también en el proceso civil, de hecho, la decisión es justa solamente si está fundada en una determinación correcta y verídica de los hechos de la causa.

Por lo que hace al segundo aspecto del problema de la verdad procesal, se puede subrayar, sintéticamente, que en el proceso no se trata de establecer verdades absolutas de ningún tipo, sino sólo verdades relativas. Mientras que, por un lado, la definición rarskiana del concepto de verdad vale también en el contexto del proceso, por otro lado hay que destacar que la verdad procesal es esencialmente relativa porque la decisión del juez en torno a los hechos no puede fundarse más que en las pruebas que han sido adquiridas en el juicio: las pruebas, de hecho, son los únicos instrumentos de los que el juez puede servirse para "conocer", y por tanto para reconstruir de modo verídico los hechos de la causa. A propósito vale también la afirmación según la cual en el proceso se puede considerar verdadero solamente lo que ha sido probado, y en la medida en que las pruebas disponibles ofrecen un apreciable soporte cognoscitivo a las enunciaciones de hechos.

La circunstancia de que no se hable de verdades absolutas, y que la verdad procesal sea "relativa a las pruebas", no pudiendo fundarse más que en ellas, induce a formular el problema de la decisión sobre los hechos, no en términos de certeza sino en términos de probabilidad. Esto sugiere una cuestión ulterior, ya que el concepto de probabilidad no es unívoco, y por tanto habría que establecer "qué probabilidades" entran en juego en el contexto procesal. En otros términos, y como se verá mejor enseguida, el problema de la verdad procesal puede ser correctamente reformulado en términos de grados de confirmación probabilista que las pruebas pueden ofrecer a los enunciados sobre los hechos.

Desde la vertiente de la ciencia, vale la pena subrayar sintéticamente que no existe, y quizá no ha existido nunca, una concepción clara, homogénea, unitaria y absoluta, de la "verdad científica".

Por un lado, de hecho, sucede casi siempre que leyes y enunciados científicos son formulados en términos de probabilidad en vez de en términos absolutos. Además, desde hace tiempo la epistemología ha aclarado que la ciencia no alcanza nunca resultados en verdad definitivos, y las enunciaciones científicas están sujetas siempre a cambios, evoluciones o —popperianamente— a falsificaciones.

Por otro lado, la pluralidad de las ciencias genera que en cada una se estudien y analicen eventos y condiciones diversos, que se empleen metodologías distintas de investigación y de demostración, y que, en consecuencia, se entiendan apropiados o aceptables - según el contexto en el que se encuentran- varios niveles de confirmación de las conclusiones que se formulan en los distintos sectores del conocimiento.

También los criterios de control de la arendibilidad de estas conclusiones son distintos, de forma que se puede decir que existen diversas concepciones

de la verdad científica. Esta variedad se vuelve incluso mayor si --como ya se ha dicho-- junto a las tradicionales ciencias "duras" se toman en consideración las ciencias humanas o sociales. En muchas de estas ciencias, como por ejemplo en la psiquiatría, la economía o la sociología, los "hechos" son concebidos y definidos de manera completamente distinta de como pueden ser concebidos o definidos los "hechos" de los que se ocupa un físico o un químico.

Finalmente, debe también considerarse que, en contextos diversos, pueden ser diferentes los niveles de confirmación de las informaciones ofrecidas por una ciencia. Por ejemplo, frecuencias estadísticas poco elevadas, como las que a menudo resultan de los estudios epidemiológicos, pueden ser suficientes para establecer conexiones simples entre eventos, o para establecer una relación de "causalidad general" entre eventos, en función de la cual, por ejemplo, se puede determinar que la exposición a un material dañino es capaz de provocar un aumento en la frecuencia de una determinada enfermedad dentro de una población de referencia. Si el contexto en el que nos encontramos, es el de quien debe planificar el funcionamiento de una industria o de un hospital, o de quien debe realizar tareas de prevención respecto a esa enfermedad, entonces estadísticas caracterizadas por frecuencias bajas sobre la conexión entre eventos, pueden ser suficientes para justificar algún tipo de decisiones. Puede sin embargo suceder que este nivel de información científica no sea suficiente para justificar las conclusiones que deben ser formuladas en un proceso relativo a circunstancias particulares y específicas.

II. La Valoración de las Pruebas Científicas

Un aspecto importante del problema referido al uso de la ciencia en el proceso es que la ciencia normalmente representa una fuente de

conocimiento y de valoración de los hechos de la causa: por esta razón se suele hablar comúnmente de *prueba científica* o de *scientific evidence*. Desde esta perspectiva surgen diversos problemas, como el de las modalidades con las que la ciencia es adquirida en el proceso a través de la colaboración de expertos, que requieren un análisis articulado también de carácter comparado: este análisis sería muy interesante pero no se puede desarrollar en este momento.

El problema que se debe enfrentar se refiere por el contrario a la *valoración* de las pruebas científicas por parte del juez, y a las condiciones bajo las cuales, sobre la base de esas pruebas, puede concluir en el sentido de considerar como "verdadero" un hecho de la causa. Es necesario, sin embargo, destacar que no existen reglas específicas atinentes a la valoración de las pruebas científicas; más bien, por lo que aquí interesa, las pruebas científicas no son distintas de las demás pruebas, y pueden también combinarse con las pruebas "ordinarias" - es decir, no científicas- para aportar la confirmación de la veracidad de un enunciado de hecho.

Enfrentando el tema de la valoración de las pruebas, científicas y no científicas, la premisa de la que hay que partir es que - salvo limitadas excepciones todavía presentes en algunos ordenamientos procesales- el sistema de la *prueba legal* que ha existido por siglos en los ordenamientos de Europa continental, se ha desplomado desde hace tiempo, a finales del siglo XVIII, y ha sido sustituido por el *principio de la libre convicción* del juez. Según este principio, el juez tiene el poder de valorar discrecionalmente las pruebas, de establecer su credibilidad y de derivar de ellas conclusiones en torno a la verdad o la falsedad de los enunciados relativos a los hechos controvertidos de la causa.

Mientras que, sin embargo, es claro el significado negativo del principio de la libre convicción, o sea la eliminación de las reglas de la

prueba legal, no es para nada claro cuál sea su significado *positivo*. No falcan, de hecho, versiones de este principio según las cuales se haría depender la decisión sobre los hechos de la *intime conviction* del juez, es decir de un convencimiento interior, subjetivo, personal e impenetrable, del juez en torno al valor de la prueba y a la verdad de los hechos.

En conexión con teorías irracionalistas de la decisión judicial, y también con filosofías de varias formas anti-racionalistas, se tiende a interpretar el convencimiento discrecional del juez como un poder absoluto para establecer arbitrariamente, y de modo incognoscible e incontrolable, una "certeza moral" sobre los hechos. A estas tendencias le son naturalmente coherentes varias concepciones de las pruebas judiciales, según las cuales no serían más que instrumentos retóricos de los que los abogados se sirven para influenciar la formación del convencimiento del juez; son también coherentes con estas tendencias las concepciones según las cuales el proceso no está ni debería estar orientado hacia la investigación de la verdad.

Es evidente que si se siguieran estas tendencias, el problema del uso de la ciencia como instrumento para la averiguación de la verdad judicial sobre los hechos, ni siquiera surgiría, y no habría que continuar con el discurso. La ciencia, de hecho, no sería sino un ingrediente más dentro de los mecanismos subjetivos a través de los cuales el juez íntima e inconscientemente elabora su persuasión sobre los hechos. En el mejor de los casos, la ciencia podría ser utilizada *retóricamente*, es decir, como instrumento para influenciar al juez aprovechando el mito de la certeza y de la verdad que está conectado con las concepciones tradicionales, groseras y acríticas, de la ciencia.

Por el contrario, como se dijo al principio, la concepción que parece por muchas razones preferible, es la que entiende al proceso como un método para el descubrimiento de la verdad posible en torno a los

hechos de la causa. Correlativamente, la prueba no resulta ser un mero instrumento retórico sino un instrumento *epistémico*, o sea, el medio con el que en el proceso se adquieren las informaciones necesarias para la determinación de la verdad de los hechos. En consecuencia, también de la ciencia se hace un uso epistémico, en el sentido de que las pruebas científicas están dirigidas a aportar al juez elementos de conocimiento de los hechos que se sustraen a la ciencia común de que dispone. Por lo que se refiere a la valoración de las pruebas, la adopción de la perspectiva racionalista que aquí se sigue, no implica la negación de la libertad y de la discrecionalidad en la valoración del juez, que representa el núcleo del principio de la libre convicción, pero implica que el juez efectúe sus valoraciones según una *discrecionalidad guiada* por las reglas de la ciencia, de la lógica y de la argumentación racional. Por decirlo así, el principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón. Por lo demás, en la mayor parte de los sistemas procesales modernos el juez está obligado a justificar racionalmente sus propias valoraciones, y elabora argumentos lógicamente válidos para sostener su decisión en hechos.

El paso sucesivo a través de la perspectiva racionalista, consiste en enfrentar la cuestión de si existen o no criterios a los que el juez debería atender al valorar discrecionalmente las pruebas de que dispone, y para establecer cuándo ha sido o no ha sido conseguida la prueba *de* un determinado hecho. Criterios de este tipo, en realidad existen, y están indicados como reglas a las que el juez debería atenerse al formular su valoración final sobre los hechos de la causa. El problema es, sin embargo, complejo porque la tendencia que actualmente prevalece es la que lleva a formular criterios distintos en el proceso civil y en el proceso penal: en el proceso civil el criterio es el de la *probabilidad preva/ente*, o sea de lo *mds probable que no* o de la *preponderance of evidence*. En el proceso penal, por el contrario, el criterio típico es el de la *prueba*

más allá de toda duda razonable o *proof beyond any reasonable doubt*. Estos criterios son notablemente distintos, y por tanto, es oportuno analizarlos separadamente.

1. La probabilidad prevalente

En ocasiones, el estándar prevalente emerge en el nivel normativo: es el caso, por ejemplo, de la Rule 401 de las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses, que establece, definiendo la relevancia de las pruebas, que una prueba es relevante si tiene "any tendency to make the existence of any fact *more probable or less probable*". En muchos ordenamientos la regla de "más probable que no" no se encuentra prevista en ninguna regla particular, pero se afirma como criterio *racional* para la elección de las decisiones sobre hechos de la causa. En otros términos, se configura como la forma privilegiada para dar un contenido positivo al principio del libre convencimiento del juez, guiando y racionalizando la discrecionalidad del juez en la valoración de las pruebas, eliminando toda implicación irracional de esta valoración y vinculando al juez con la carga de criterios intersubjetivamente controlables.

El estándar de la probabilidad prevalente se funda en algunas premisas principales: a) Que se conciba la decisión del juez sobre los hechos como el resultado final de elecciones en torno a varias hipótesis posibles relativas a la reconstrucción de cada hecho de la causa; b) Que estas elecciones se conciban como si fueran guiadas por criterios de racionalidad; e) Que se considere racional la elección que toma como "verdadera" la hipótesis sobre hechos que resulta mejor fundada y justificada por las pruebas respecto a cualquier otra hipótesis; d) Que se utilice, como clave de lectura del problema de la valoración de las pruebas, no un concepto genérico de probabilidad como mera no-certeza, sino un concepto

específico de probabilidad como grado de confirmación de la veracidad de un enunciado, sobre la base de los elementos de confirmación disponibles.

Por lo que hace a la primera premisa: el problema del juicio de hecho puede y debe formularse como el problema de la elección de una hipótesis entre diferentes alternativas posibles. En otros términos, lo que el juez debe hacer es resolver la incerteza que *ab initio* caracteriza los enunciados en torno a los hechos singulares de la causa: cada enunciado hipotético puede ser verdadero o falso y, por si fuera poco, el propio hecho puede enunciarse de diferentes maneras, porque -como dice Susan Haak- de cada hecho pueden darse una infinidad de descripciones verdaderas (y, por lo tanto, también de descripciones falsas). Las pruebas sirven al juez como elementos de conocimiento, en función de los cuales determina cuál entre las diferentes hipótesis posibles, relativas a cada caso, debe elegirse como verdadera y, por lo tanto, como base racional para la decisión final que resuelve la incerteza entre verdad y falsedad de cada enunciado de hecho.

Por lo que hace a la segunda premisa: se trata de aplicar a cada elección particular del juez la orientación antes señalada que embona con la utilización de esquemas racionales de razonamiento y no con el uso de la persuasión "íntima" del propio juez.

Por lo que se refiere a la tercera premisa: se puede hablar de verdad en el proceso, sólo en un sentido relativo, y contextualizando el juicio relacionado con las pruebas adquiridas, según el principio que establece que puede considerarse verdadero solamente aquello que ha sido probado, siempre y cuando -y en la medida en que- las pruebas confirmen la hipótesis que el juez asume como verdadera.

La cuarta premisa exige que asumamos una perspectiva metodológica precisa en torno al concepto de probabilidad, aun cuando no implica

-per se- la adopción de una teoría particular entre las diversas teorías de la probabilidad. Sin embargo, implica que no se hable genéricamente de probabilidad para indicar indistintamente todas las situaciones en las que no es posible hablar de certeza o de verdad absolutas, y que se adopte - como ya lo sabían Bacon y Pascal, y como es evidente para cualquier concepción no *naïve* de la probabilidad- una definición de probabilidad como concepto "de grado" que permita identificar probabilidades "bajas", "medias" o "elevadas" según las diferentes situaciones, y de qué tanto, los enunciados pueden ser atendidos a partir de la información disponible.

El estándar de la probabilidad prevalente nos otorga el criterio de decisión racional para la elección del juez fundada en estas premisas, en la medida en la que nos ayuda a determinar cuál es la decisión, de entre las alternativas posibles, que es racional. Éste puede articularse en algunas reglas más específicas.

En términos generales, el criterio de la probabilidad prevalente implica que, entre las diversas hipótesis posibles en torno a un mismo hecho, deba preferirse aquella que cuenta con un grado relativamente más elevado de probabilidad. Así, por ejemplo, si existen tres hipótesis sobre un mismo hecho A, B y C con grados de probabilidad respectivamente del 40%, del 55% y del 75%, se impone la elección a favor de la hipótesis C que cuenta con un grado de probabilidad del 75%, por la obvia razón de que sería irracional elegir como "verdadera" una hipótesis que ha recibido un grado relativamente menor de confirmación. En el caso en el que solamente exista una hipótesis relacionada con un hecho, el criterio de la probabilidad prevalente se especifica en la regla comúnmente conocida como "más probable que no". Esta regla se basa en la premisa que nos dice que cada enunciado relativo a un hecho puede considerarse como verdadero o como falso según las pruebas respectivas y que esas calificaciones son complementarias: por ejemplo, si la hipótesis relativa a

la verdad del enunciado recibe la confirmación probatoria del 75%, ello implica que la hipótesis negativa correspondiente tiene una probabilidad del 25%; la hipótesis positiva sobre el hecho es, por lo tanto, "más probable que no" y es atendible. Si, en cambio, las pruebas disponibles sobre la verdad de un enunciado solamente alcanzan un nivel del 30%, entonces la hipótesis "más probable que no" es la negativa, o sea la falsedad del enunciado en cuestión y, en este caso, el juez no podrá fundar su decisión en dicha hipótesis negativa, porque sería irracional considerar atendible la hipótesis positiva que resultó "menos probable" que la negativa.

A este respecto es oportuno aclarar cómo opera el criterio de la probabilidad prevalente si consideramos una situación diferente. Por ejemplo, si el enunciado A tiene un grado de confirmación del 40%, y el enunciado B cuenta con un grado de confirmación del 30%, la regla de la probabilidad prevalente indicaría como racional la elección del enunciado A porque es más probable que el enunciado B. Sin embargo, esto no es así porque la regla del "más probable que no" nos dice que es más probable (60%) que el enunciado A sea falso y no verdadero; mientras que el enunciado B es falso con una probabilidad del 70%. Ninguna de las dos hipótesis cuenta con una probabilidad prevalente,

Surge, de esta manera, un criterio que proviene de la correcta interpretación de la regla de la probabilidad prevalente, que puede definirse como el estándar del grado *mínimo necesario* de confirmación probatoria, necesaria para que un enunciado pueda ser considerado "verdadero". Este estándar indica que es racional asumir como fundamento de la decisión sobre un hecho, aquella hipótesis que obtiene de las pruebas un grado de confirmación *positiva* prevalente, no sólo sobre la hipótesis simétrica contraria, sino también sobre todas las otras hipótesis que hayan recibido un grado de confirmación positiva superior al 50%. Naturalmente, la hipótesis con probabilidad positiva prevalente es preferible a todas las

hipótesis en las que prevalece la probabilidad negativa. En otros términos, el juez puede asumir como "verdadera", por estar confirmada por las pruebas, una hipótesis sobre un hecho cuando el grado de confirmación positiva sea superior al grado de probabilidad de la hipótesis negativa correlativa. Si con el tiempo surgen otras hipótesis con un grado de confirmación positiva, entonces será racional escoger aquella que tenga el grado de confirmación relativamente mayor.

A este respecto, es útil hacer una precisión. Cuando se elaboran ejemplos sobre las diferentes situaciones posibles es factible utilizar cifras porcentuales, aunque en muchos casos también se utilizan números decimales.¹ Esto se debe a razones de claridad expositiva, porque - quizá en honor a un síndrome que nos dice que sólo existe lo que podemos contar - nos parece más fácil comparar números que colores' o sonidos. Pero esto no implica una adhesión a las diversas teorías de la probabilidad cuantitativa o estadística, que suelen utilizarse para dar una versión formalizable o "calculable" de la valoración probatoria. Es más, es posible demostrar que estas versiones del razonamiento probatorio son infundadas, porque no corresponden a las condiciones reales en las que el juez valora las pruebas o que solamente sirven en los raros casos en los que la ciencia aporta frecuencias estadísticas que permiten inferencias significativas sobre los hechos de un caso particular. En cambio, refiriéndonos a la probabilidad como *grado de confirmación lógica* que un enunciado recibe de las pruebas disponibles, es posible adoptar una concepción "baconiana" de la probabilidad, que resulta de las inferencias que el juez formula a partir de las informaciones que las pruebas le aportan, para establecer conclusiones sobre la veracidad de los enunciados en torno a los hechos. En sustancia, entonces, es lícito utilizar indicaciones numéricas, pero siempre y cuando quede claro que son formas para expresar diferentes grados de confirmación probatoria, pero no implican alguna cuantificación numérica de estos grados y,

sobre todo, que no pueden ser objeto de cálculo según las reglas de la probabilidad cuantitativa.

2. Racionalidad de la probabilidad prevalente

El estándar de las probabilidades prevalentes, puede considerarse una definición funcional del concepto de "verdad judicial" referida al proceso civil. Si, como *se* ha sostenido, la verdad procesal de un enunciado de hecho está determinada por las pruebas que lo confirman (puede considerarse como "verdadero" lo que está probado); y si está probado el enunciado fundado en un grado prevalente de probabilidad lógica; entonces puede considerarse verdadero el enunciado que es más probable, sobre la base de los elementos de prueba disponibles.

Esta definición es aplicable en todos los casos en los que nos referimos a la confirmación de la verdad o a la prueba de los hechos en el ámbito de la justicia civil. Por ejemplo, si se considera que el libre convencimiento del juez se orienta hacia la investigación de la verdad sobre los hechos, el criterio del "más probable que no", con todas sus implicaciones, es la regla que el juez deberá seguir cuando tome sus decisiones en el marco de la discrecionalidad que ese principio le confiere.

Además, el estándar de la probabilidad prevalente, no solamente es un criterio de racionalidad de la valoración judicial de las pruebas. También es el objeto de una elección de *policy* que es compartida por la mayor parte de los ordenamientos procesales civiles. De hecho, por un lado, como hemos visto, durante siglos una *policy* diferente había llevado a preferir el sistema de la prueba legal sobre el sistema de la libre convicción y siempre es posible elegir las reglas de la prueba legal (de hecho las reglas de este tipo no faltan en ciertos ordenamientos, como el italiano). Por otro lado, es posible que el legislador establezca

ciertos estándares legales diferentes al de la probabilidad prevalente. En algunos casos, por ejemplo, la ley contempla que una *semiplena probatio* (es decir, una hipótesis de hecho con un grado de confirmación inferior al "mínimo necesario» que indicamos anteriormente), sea suficiente para justificar algunas decisiones particulares del juez, como por ejemplo, las decisiones que originan medidas cautelares. En otros *casos*, en cambio, el legislador puede considerar oportuno adoptar estándares que contemplan grados de confirmación probatoria más elevados que el que ofrece la probabilidad prevalente. Como veremos, esto sucede en el proceso penal. En el proceso civil puede suceder que se exijan grados de probabilidad particularmente elevados, como sucede, por ejemplo, según una interpretación ampliamente difundida, a propósito del § 286 de la *Zivilprozessordnung* alemana, cuando se exige que la hipótesis sobre el hecho deba confirmarse con un "alto grado" de probabilidad.

La elección de adoptar el criterio de la probabilidad prevalente, sigue pareciendo racional desde otro punto de vista. Es bien sabido que en el proceso civil las partes tienen tanto el *derecho a la prueba*, en cuanto manifestación esencial de las garantías de la acción y de la defensa en juicio, como la *carga de la prueba*, que nos dice que el que afirma la existencia de un hecho debe demostrarlo mediante pruebas, si no quiere perder. Se trata en realidad de las dos caras de una misma moneda, en la medida en que el derecho a la prueba implica que las partes tengan efectivamente la *posibilidad* de satisfacer la carga de la prueba, o sea de allegar todas las pruebas disponibles para demostrar la verdad del hecho que cada una de ellas tiene la carga de probar. Pues bien: si nos encontramos ante un ordenamiento en el que valen las reglas del derecho a la prueba y de la carga de la prueba, y tiene vigor el principio de libre convencimiento del juez, el estándar de la probabilidad lógica prevalente, no solamente aparece como el criterio más racional, sino también como el criterio *más justo* en términos de elección de *policy*.

Por un lado, de hecho, este criterio da contenido al derecho a la prueba, porque indica que las partes tienen el derecho de allegarse de todos los medios de prueba permitidos por la ley para otorgarle un grado de probabilidad prevalente a los enunciados de hecho con base en los cuales fundamentan sus pretensiones. Por otro lado, implica que la carga de la prueba se satisface cuando la parte que debe demostrar un hecho determinado logra demostrar que el enunciado relativo recibe de las pruebas un alto grado de probabilidad prevalente, por lo que puede considerarse jurídicamente "verdadero". En sustancia, se necesita que la parte que tiene la carga relativa demuestre la verdad de los hechos que ha argumentado como fundamento de su derecho y, por lo mismo, que pruebe que sus enunciados *se encuentran* debidamente fundados siguiendo la regla del "más probable que no". Además esta regla permite que las partes demuestren lo fundado de sus alegatos según criterios racionales, pero sin que esta demostración sea excesivamente difícil. Si *se* adoptaran estándares de prueba demasiado elevados (que hicieran demasiado difícil, o casi imposible, la demostración probatoria de los hechos que las partes alegan como fundamento de sus derechos), la garantía de la tutela en juicio de los derechos sería sustancialmente negada.

Desde esta perspectiva, puede surgir una tensión, sino es que una verdadera y propia contradicción entre diversos aspectos del estándar de decisión sobre los hechos. Por un lado, el estándar de la probabilidad prevalente es racional no solamente porque es más razonable elegir como "verdadera" la hipótesis más probable, en lugar de la hipótesis menos probable, sino también porque, ubicando en el 50% el nivel de probabilidad que debe superarse para probar un hecho, existe la tendencia a producir una distribución causal de los errores en un número elevado de decisiones, sin que los errores se concentren sistemáticamente en perjuicio o a favor de una parte en lugar de la otra. Por otro lado,

un estándar tan poco elevado - aunque sea en sí mismo racional- admite que exista una proporción de casos relativamente elevada en los que la probabilidad de que un hecho que sirve de fundamento para una decisión no sea verdadero es inferior a la probabilidad de que sí sea verdadero, aunque siga siendo significativa. Si, como hemos visto, con base en las pruebas, una hipótesis de hecho adquiere un grado de probabilidad del 75%, ello constituye una razón válida para asumir esta hipótesis como confirmada; sin embargo, sigue existiendo una probabilidad de error del 25%. El problema es particularmente evidente si se considera el caso límite en el que la probabilidad positiva es del 51 %, mientras que la negativa (la probabilidad de error) es del 49%. En este caso, el problema se expresa como la cantidad de errores que estamos dispuestos a tolerar en un determinado sistema, anee la exigencia contraria —a.firmada anteriormente- de no elevar excesivamente los estándares de prueba de los hechos para no hacer demasiado difícil o imposible la tutela de los derechos. Sin embargo, no podemos excluir *a priori* la eventualidad de que también en el proceso civil se exijan, como en la experiencia alemana, estándares de prueba más elevados que la probabilidad prevalente.

Para desdramarizar el problema, podemos considerar que, aun cuando se utilicen números para expresar los diferentes grados de prueba, el estándar de la prueba prevalente sigue siendo un concepto altamente indeterminado y, por lo mismo; debe aplicarse con prudencia y elasticidad, siguiendo los métodos de la *fuzzy logic* en lugar de cuantificaciones analíticas precisas, que serían altamente arbitrarias. En este sentido, es posible afirmar que el juez realizará una aplicación correcta de este estándar solamente cuando sea verdaderamente cierto que la probabilidad de un enunciado es prevalente sobre la probabilidad de su falsedad o sea que, también en la hipótesis peor, el estándar será seguramente superado. Esto nos puede llevar a excluir que subsista el

requisito de la probabilidad prevalente cuando la probabilidad de la hipótesis se ubica dentro de un *range* que incluye el 50%, y se coloca "alrededor" de dicho valor (como sería, por ejemplo, una probabilidad individualizada en un intervalo entre el 40% y el 60%), porque ello implicaría la eventualidad de un grado de probabilidad inferior al mínimo necesario. Por ello es necesario que también el umbral mínimo del *range* de probabilidad de la hipótesis, se coloque claramente por encima del 50%. Así las cosas, una situación verdaderamente clara sólo se tiene con valores de probabilidad que oscilan entre el 55-60% y valores superiores, con grado medio del *range* de alrededor del 70%.

111. La Prueba más allá de cualquier Duda Razonable

Como ya se ha señalado, el estándar de prueba que es típico del proceso penal (y que no *se* adopta en ningún tipo de proceso civil) es el de la *prueba más allá de toda duda razonable*. Este tiene su origen en la historia del proceso penal inglés y posteriormente se reafirma repetidamente hasta convertirse en la regla fundamental del proceso penal estadounidense (aunque también existen fuertes tendencias hacia la aplicación de este mismo criterio en otros ordenamientos como, por ejemplo, en Italia).

A pesar de la existencia de una amplísima literatura sobre el mismo, que no podemos estudiar analíticamente por razones de espacio, se trata de un estándar adoptado por razones absolutamente válidas, pero que es muy difícil —sino es que imposible— definir analíticamente.

La razón fundamental por la que un sistema penal debería adoptar el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable es, esencialmente, de naturaleza *ética* o *ética-política*: se trata de lograr que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando haya

alcanzado (al menos en tendencia) la "certeza" de su culpabilidad; mientras que el imputado deberá quedar absuelto todas las veces en las que existan dudas razonables, a pesar de las pruebas en su contra, de que sea inocente. El estándar probatorio en cuestión es, por lo mismo, particularmente elevado - y es mucho más elevado que el de la probabilidad prevalente- porque en el proceso penal entran en juego las garantías a favor de los acusados, que no tienen un equivalente en el caso del proceso civil. Se trata, por lo tanto, de la elección de una *policy*, lo que explica la adopción del criterio de la prueba razonable: la *policy* es la de limitar las condenas penales únicamente a los casos en los que el juez haya establecido con certeza o casi-certeza (o sea sin que exista, con base en las pruebas, ninguna probabilidad razonable de duda) que el imputado es culpable. Sin embargo, la justificación ética fundamental de la adopción de un estándar de prueba así elevado, no excluye que también cuente con justificaciones jurídicas: de hecho, incluso más allá de los ordenamientos de *common law*, es posible conectar este estándar de prueba con principios fundamentales del proceso penal moderno que se refieren a las garantías procesales del imputado y al deber de racionalidad de la decisión, y de su justificación, que corresponde al juez penal.

En cambio, son menos relevantes, o no convincentes, otras justificaciones que frecuentemente se adoptan para sostener la adopción del estándar de prueba más allá de toda duda razonable. Así, por ejemplo, no parece que la demostración de la necesidad de utilizar este estándar provenga de la presunción de no culpabilidad del imputado, que existe en muchos ordenamientos (por ejemplo en Italia está contemplada en el artículo 27, párrafo 2 de la Constitución). Para superar esta presunción, como para superar todas las presunciones, no es necesario un grado particularmente elevado de prueba "en contrario" (probar la culpabilidad del imputado): de hecho, en ausencia de diversos criterios formulados

por normas (o que pueden recabarse de normas), sería posible superar la presunción con una prueba ordinaria de culpabilidad, o sea, con la probabilidad prevalente del enunciado correspondiente. Por otro lado, la formulación, también en el nivel constitucional, de la presunción de no culpabilidad, se explica por razones histórico políticas: por la reacción a regímenes totalitarios en los que correspondía al imputado aportar la prueba de su inocencia, y no por razones lógicas o sistémicas. Naturalmente, esto sólo significa que el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable no es una consecuencia lógico-jurídica necesaria para la presunción de no culpabilidad, pero no demuestra que la adopción de dicho estándar sea injustificada. Por el contrario: es la adopción del estándar lo que le da una fuerza particular y un valor a la presunción de no culpabilidad, en la medida en la que el criterio de la prueba más allá de toda duda razonable implica que es particularmente difícil vencer la presunción y condenar al imputado.

Aunque parece que no existen dudas sobre la existencia de razones de principio, válidas para adoptar el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable, surgen dificultades relevantes cuando tratamos de definir analíticamente su significado. De hecho, por un lado, todas las formulaciones que han sido propuestas para definir con precisión cuándo una duda sobre la culpabilidad del imputado es "razonable" o "no razonable" se resuelven en tautologías o círculos viciosos, que en ocasiones rayan en lo ridículo o en la insensatez. Por otro lado, son dignos de consideración los intentos para cuantificar en cifras porcentuales el grado de prueba que correspondería al estándar en cuestión, o el grado que tocaría a la duda razonable. Estas cuantificaciones se han formulado de manera impropia, partiendo de determinaciones de error tolerable: así, por ejemplo, algunos (Blackstone, en primer lugar, y Fortescue, posteriormente) han sostenido que es preferible que 20 culpables sean absueltos antes de que un inocente sea condenado y, con base en esta

afirmación, muy difundida, se ha concluido que la prueba más allá de la duda razonable debería superar un grado de confirmación del 95%, con la consecuencia de que la duda, para ser razonable, debería superar una probabilidad del 5%. Pero esta manera de argumentar parece del todo incongruente. Existen varias versiones del margen tolerable de error, cada una de las cuales nos llevaría a cuantificar el estándar de manera diferente: Voltaire, por ejemplo, sostenía que era mejor absolver a dos culpables que condenar a un inocente (de modo que, para él, el estándar de prueba se colocaría alrededor de los 2/3), mientras que Mose Maimonide pensaba que sería mejor absolver a mil culpables que condenar a un inocente (y, por lo mismo, en este caso, el margen de duda tolerable sería sólo de 1/1000). Por otro lado, parece poco sensato razonar en términos de margen de error en situaciones en las que el error no es verificable por la evidente razón de que no es posible saber si fue condenado un inocente o si fue absuelto un culpable, ni se puede saber cuántos inocentes han sido condenados o cuántos culpables han sido absueltos por cada 100 o 1000 sentencias de condena o de absolución. La única cosa válida en esta clase de argumentos es su *Leitmotiv* fundamental, o sea la opción moral que se indina por sistemas penales en los que se reduzca al mínimo la eventualidad de que se condene a un inocente, aun a costa de incrementar sustancialmente el número de los casos en los que se absuelvan imputados culpables.

No siendo posible, al menos por lo que parece, aportar una definición analítica precisa de qué cosa es una "duda razonable" o una "prueba más allá de cualquier duda razonable", las Únicas conclusiones racionales parecen ser: abandonarla para sustituirla con otros criterios equivalentes, como el de la "certeza", de la "casi certeza" o de la alta o altísima probabilidad (como ha sucedido en algunos ordenamientos de *common law*); o, más oportunamente, reconocer que se trata de un *concepto indeterminado* que expresa un principio general que debe ser

caracterizado por el juez en cada caso particular. En otros términos, no es con la lógica del cálculo de probabilidad estadística con la que podemos conseguir una determinación precisa del criterio, y no es con dicha lógica con la que podemos decidir en los casos individuales y concretos si las pruebas permiten o no permiten superar el límite mínimo exigido para emitir una sentencia de condena. Más bien, parece más razonable recurrir, también en estos casos, a la *fuzzy logic*, que permite formular argumentaciones racionales en torno a conceptos vagos como el concepto de "duda razonable". En ello no hay nada de extraño o de sorprendente: el derecho, y también el derecho penal, es riquísimo en conceptos vagos o indeterminados que no pierden por ello su valor de garantía o la posibilidad de su aplicación concreta por parte de los jueces al decidir (como, por ejemplo, también sucede con las normas constitucionales y con las cláusulas generales).

En sustancia, sigue siendo verdadero que la adopción del criterio de la prueba más allá de toda duda razonable corresponde a una exigencia política y moral fundamental, por la cual una sentencia de condena debería ser emitida únicamente cuando exista una certeza práctica de la culpabilidad del imputado, aun cuando esta exigencia no pueda traducirse en determinaciones analíticas del grado de prueba que corresponde, en cada caso, a este nivel de certeza.

Naturalmente, la adopción del criterio en cuestión hace particularmente difícil, en los casos concretos, probar la culpabilidad suficiente que justifique la condena del imputado. A su vez, este aspecto se vincula con elecciones fundamentales de *policy* de la justicia penal: si partimos de la premisa de que, como sea, debemos minimizar la frecuencia de las condenas (cualquiera que sea la razón por la que se lleva a cabo esta elección), sin importar si las absoluciones corresponden a sujetos inocentes o culpables, el estándar de la prueba más allá de

toda duda razonable se convierte en el instrumento más razonable para alcanzar este resultado.

IV. Estándares de Prueba y Conocimiento Científico

Los estándares de prueba que se consideran adecuados en los diferentes tipos de proceso, constituyen el contexto en el que se coloca el esfuerzo probatorio de los conocimientos científicos. En línea general, estos conocimientos sirven como elemento para confirmar los enunciados sobre los hechos en función de su validez científica, y del grado de credibilidad que les corresponde en el ámbito científico del que provienen. Así, como se ha dicho anteriormente, es necesario distinguir cuidadosamente cuál es el tipo de ciencia de que se trata, cuál es el estatuto epistemológico de los conocimientos que suministra, cuál es su grado de credibilidad, y cuál es el grado de confirmación que pueden aportar al enunciado de hecho sobre el que se despliega la decisión del juez. Esta diversidad de niveles de credibilidad de los conocimientos científicos que se realizan, con fines probatorios, durante el proceso, implica una consecuencia importante: que solamente en casos particulares - con toda probabilidad no muy frecuentes- la prueba científica es capaz, *por si sola*, de atribuirle a un enunciado de hecho un grado de probabilidad capaz de satisfacer el estándar de prueba que tiene vigor en esa clase de proceso. En consecuencia, debemos admitir que la prueba científica puede acompañarse o integrarse con otras pruebas, con pruebas "ordinarias", que pueden contribuir a fundar conclusiones válidas sobre el hecho que debe probarse. Así, por ejemplo, es muy posible que una prueba del ADN sea el único elemento de prueba para decidir sobre la identificación de un sujeto, dado que esta prueba - cuando se realiza con todas las condiciones necesarias y su resultado se interpreta correctamente- alcanza valores de probabilidad del orden

del 98-99%. Por el contrario, con frecuencia se utilizan como pruebas datos epidemiológicos que se expresan con frecuencias estadísticas muy bajas, del orden del 1 o 2%: ciertamente, por sí solos, estos datos no son suficientes para demostrar un nexo de causalidad específica entre un hecho ilícito y el daño provocado a un sujeto, y es bastante dudoso que puedan dotar a la prueba de un nexo de causalidad general (en casos en los que un nexo de esta naturaleza es objeto de prueba). De esta forma, resulta evidente que, si se quiere alcanzar el estándar de prueba que debemos satisfacer para demostrar el nexo causal entre el hecho ilícito y el daño causado, y para afirmar que el enunciado correspondiente pueda considerarse como "verdadero", estos datos deben integrarse con pruebas de otro género. En sustancia, las pruebas científicas son muy útiles, pero raramente resultan decisivas y suficientes para determinar la decisión sobre los hechos.

Bajo otra perspectiva, resulta relevante la diferencia entre los estándares de prueba que acabamos de discutir. De hecho, parece evidente que en el contexto del proceso civil, en donde el estándar es el de la probabilidad prevalente, es relativamente más fácil satisfacer este estándar con pruebas científicas aunque no cuenten con un nivel de fiabilidad tan elevado como el de la prueba del ADN; también será relativamente más fácil integrar pruebas científicas caracterizadas por grados no elevados de probabilidad con pruebas ordinarias que permitan, sumándose a las pruebas científicas, alcanzar el grado de prueba mínimo necesario del hecho que se debe demostrar. Si, en cambio, nos encontramos en el terreno del proceso penal, en el que debemos satisfacer el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable, debemos resignarnos ante el hecho de que sólo en unos pocos casos la prueba científica aporta informaciones con un grado de probabilidad suficientemente alto como para lograr la certeza o la casi-certeza del hecho. Esto puede suceder, por las razones ya señaladas, cuando disponemos de una prueba del ADN

que se efectuó correctamente, pero sucede pocas veces en el caso de otras pruebas científicas. Por lo general, el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable solamente puede superarse cuando la conexión entre un hecho (causa) y otro hecho (efecto) está "recubierta" por una ley de naturaleza deductiva o, al menos, casi-deductiva, cuya aplicación permita otorgar un carácter de certeza o de casi-certeza al enunciado que se refiere a dicha conexión. Más allá de las pocas hipótesis en las que el caso particular entra en un modelo nomológico-deductivo específico, es muy probable que las pruebas científicas, incluso si se encuentran --cuando esto es posible-- integradas por otras pruebas, puedan aportar elementos para superar el estándar en cuestión. Si, como se ha señalado, tenemos que tratar con datos epidemiológicos que aportan una frecuencia baja de las conexiones entre hechos, será prácticamente imposible otorgarle a la prueba un nexo de causalidad específica, pero también será extremadamente difícil otorgar a la prueba un nexo de causalidad general: de hecho, es difícil hacer una hipótesis en el sentido de que un descarte que va del 1-2% hasta un estándar que alcanza el 95% pueda colmarse recurriendo a otros elementos probatorios. Esto no es imposible *a priori*, pero establece un límite muy sólido para la utilización de la mayor parte de las pruebas científicas en el ámbito del proceso penal.

Además, una prueba científica que no cuenta con un grado elevado de probabilidad puede ser muy útil en el proceso penal, cuando es favorable a la hipótesis de la inocencia del imputado. Una prueba de este tipo, de hecho, podría ser suficiente para confirmar la existencia de la duda razonable que, aun ante una probabilidad prevalente de culpabilidad, impide imponer una condena al imputado. En el proceso civil, en cambio, una prueba de esta naturaleza que fuera favorable para el demandado, con tendencia a confirmar la falsedad del hecho sostenido por el actor, podría no ser suficiente para impedir la derrota del primero

si la hipótesis positiva, relativa a la veracidad del hecho argüido por el actor, resulta igualmente la "más probable que no".

Estas consideraciones nos conducen a observar que el recurso a la ciencia puede ser útil tanto en el ámbito del proceso civil como en el ámbito del proceso penal, pero ciertamente no constituye el remedio para todos los problemas, e incluso provoca una serie de cuestiones y de dificultades que debemos considerar con atención. Como se ha visto, existen muchos elementos de variación, y también de incertidumbre, que tienen una tendencia a entrecruzarse y a sumarse en la realidad concreta del proceso: por un lado, la variedad de los estándares a los que se recurre para orientar y controlar la discrecionalidad de juez; por el otro, la presencia de diferentes ciencias que aportan informaciones que tienen diferentes grados de atendibilidad y de utilidad probatoria. Sin embargo, la presencia de estas dificultades no constituye una buena razón ni para abandonar los estándares de prueba con la finalidad de retornar a la *intime conviction* irracional del juez individual, ni para renunciar al uso de la ciencia en el proceso todas las veces que sea posible utilizar datos científicos válidos. Más bien, dichas dificultades nos llevan a la conclusión de que necesitamos modelos conceptuales y lógicos particularmente complejos, que deben ser desarrollados por juristas y epistemólogos, para enfrentar de manera adecuada el problema *de* la decisión sobre los hechos y el problema del uso correcto *de* la ciencia en los diferentes contextos procesales.

Citas:

Si, como sucede con frecuencia, se considera que la probabilidad se refiere a grados intermedios entre 0 y 1, entonces *se* expresa con números decimales como 0.40, 0.55, 0.75, y así sucesivamente.

- ¹ Por ejemplo, se podría utilizar un criterio "azul prevalente" o uno del "azul que no" si se adopta la gama de colores desde el casi blanco hasta el azul intenso que utilizó Gaudí en el pozo de luz de la Casa Batlló de Barcelona.

I. Credulidad o Incredulidad

En la primera de sus *Siete Noches*, que es un comentario fascinante a la *Divina Comedia* de Dante, Jorge Luis Borges cita a Coleridge cuando dice que una condición previa necesaria para leer poemas es la "suspensión de la incredulidad"¹. Este agudo comentario se sustenta en dos premisas implícitas aunque evidentes: a) que la incredulidad debe caracterizar nuestra aproximación a la experiencia común cotidiana como necesaria postura crítica dirigida a evitar que nos formemos o compartamos creencias falsas; b) que tenemos que ser crédulos para ser capaces de captar, entender y disfrutar fantasías, metáforas, ambigüedades, imagerías, sentimientos, emociones, y todos los otros aspectos inusuales que se consideran típicos de la poesía.

El alcance de la afirmación de Coleridge, podría ser fácilmente extendido, aunque no propiamente generalizado, porque -en algún sentido- cualquier tipo de experiencia estética puede pretender estar basada en un estado de credulidad. Por ejemplo, mirar un cuadro normalmente requiere una aproximación crédula, la apreciación de un Vermeer, no supone un punto de vista escéptico respecto

* Rev. derecho (Valdivia) [online]. 2007. vol. 20, no. 1 [citado 2009-03-18] pp. 231-270. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=Sd_arttext&pid=S0718-09S02007000100010&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

de si la luz en Delft a mediados del siglo XVII, era realmente como Vermeer la pintó, aunque él fuera famoso por su intento de lograr una reproducción fidedigna de la realidad. Más aún, para poder apreciar un cuadro de Jackson Pollock o una escultura de David Smith, uno no debe preguntarse si representan o no algo; es mucho mejor suspender la incredulidad y ser crédulos al disfrutar de las formas expresadas en ambas obras de arte. Una actitud similar e incluso más profunda, debe ser mantenida mientras se escucha música, ya que la música es -como escribió Schopenhauer-P' la forma suprema de arte, la "catarsis estética". En realidad, para apreciar a Wynton Marsalis y a Astor Piazzolla, para no pensar en Chopin o Brahms, es altamente recomendable estar en un estado mental de no incredulidad.

Volviendo a los textos escritos, uno podrá decir que la suspensión de la incredulidad se necesita incluso al leer prosa y no sólo al leer poemas?'. Por ejemplo, es mejor ser crédulo al leer ciencia ficción, al menos para introducirnos en el contexto de la novela y durante el tiempo necesario para leerla. Ser sistemáticamente incrédulos -esto es, escépticos- respecto de la invasión terrestre por grandes y crueles criaturas extraterrestres, puede ser racional, pero está lejos de ser la manera apropiada para leer a Wells. El mismo argumento se aplica en forma más general respecto de cualquier tipo de novelas, desde las de terror hasta las grandes obras maestras de la literatura de todos los tiempos y lugares. De alguna manera, por lo tanto, la distinción entre las aproximaciones crédulas e incrédulas corresponde a la distinción entre la fantasía y la creencia: cuando la que opera o debe operar es la fantasía, entonces la suspensión de la incredulidad es una condición previa de la experiencia humana; cuando el asunto es sobre creencias y en particular sobre creencias verdaderas sobre los sucesos del mundo humano y material, una actitud escéptica e incrédula es probablemente mucho más racional, aunque probablemente sea mucho menos fascinante y atrayente",

Si, como parece al menos en una primera mirada, dicha distinción tiene sentido, entonces puede ser usada como antecedente para ocuparse de otros ámbitos narrativos más acotados y en particular del dominio definitivamente más acotado de las "narrativas judiciales".

2. Narrativas

Uno de los términos más en boga y más sobredimensionados de las últimas dos o tres décadas es "narrativa". Se ha transformado en una especie de icono de la llamada aproximación postmoderna a muchas (quizá demasiadas) cosas, como la literatura, la crítica literaria, la filosofía e incluso la teoría jurídica". Por su uso extremadamente amplio y variable y por la multiplicidad de ámbitos en los que se emplea, es imposible (en este contexto, por cierto, y probablemente en general) considerar todos los aspectos que dicen relación con narrativas. Sin embargo, desde que el "giro narrativo" se ha transformado en un lugar común también en el discurso sobre la prueba y la decisión judicial", es posible al menos hacer algunos comentarios aislados, no sistemáticos y ciertamente incompletos, sobre el rol de las narraciones en los contextos procesales y probatorios. En esta perspectiva, puede asumirse la existencia de una conexión -quizás una equivalencia- entre el discurso acerca de las "narrativas" y el discurso acerca del *Story-telling*. En alguna medida, los contextos culturales y las connotaciones de los dos conceptos pueden divergir pero, desde la perspectiva procesal, puede asumirse sin problemas que las "historias" que son contadas en un procedimiento judicial son -o al menos pueden ser tratadas como- narraciones?".

Concentrarse en narraciones judiciales, implica que muchos debates sobre las narrativas en general deben ser dejados de lado. Por ejemplo, los ataques postmodernos en contra de los llamados Grandes Relatos, tales

como la Historia, el Progreso, la Razón, la Verdad, y otras, no pueden ser discutidos aquí como merecerían." y lo mismo debe decirse respecto del contraste entre "fundacionalistas" y "anrífundacionalistas"?. Basta con decir que actualmente parecen un poco triviales y extemporáneas: por lo menos desde mediados del siglo XIX y la primera década del siglo XX0), y especialmente después de la segunda guerra mundial, ninguna persona educada y culta siguió creyendo en Grandes Relatos. De hecho, largo tiempo antes de Baudrillard!", la cultura europea conoció a Jean-Paul Sartre y Albert Camus, para no mencionar a Nietzsche y a todos los irracionalistas de los que trata Lukács en *Zerstorung des Itérnunt*. En aquel tiempo, los intelectuales europeos estaban perfectamente conscientes del fin de las certezas propias del siglo XIX. Sin embargo, Baudrillard no fue en ningún caso el único ejemplo de un filósofo postmoderno que redescubre gastados lugares comunes y los reínrerpreta en un estilo grandilocuente como si las connotaciones retóricas y apocalípticas fueran señal de un pensamiento profundo y novedoso.

Por otro lado, para definir el nivel de discurso que sería útil para hablar de narrativas judiciales, puede ser incluso insuficiente referirse a los relatos cotidianos y concentrarse en el ámbito jurídico. El movimiento "Derecho y Lireratura"!", ha dado muchas luces en asuntos jurídicos, pero también mucha cháchara académica para la hora del cóctel. No codo lo que se dice resulta significativo, en realidad, y cuando lo es se refiere principalmente a ideas vagas y variables sobre "narrativas jurídicas" en las que la distinción entre hechos y derecho normalmente es difusa!" y los "hechos judiciales" se mezclan en una indistinta "conversación literaria sobre el derecho".

Con esto, no se quiere decir que la teoría de las narrativas, especialmente en la perspectiva de la psicología social, no tenga nada relevante que decir acerca del *store-telling* judicial. Muy por el contrario. Como veremos, esa teoría provee varias pistas que son extremadamente

útiles en un análisis acabado de las narrativas judiciales. Las advertencias recién mencionadas tienen por objeto subrayar que la máxima de los abogados medievales *distingue frequenter* es válida también aquí: en efecto, es necesario distinguir para lograr una comprensión apropiada de las narrativas judiciales.

Hablando del *store-telling* jurídico y judicial, Twining, con justa razón, ha subrayado frecuentemente que las "historias" son a la vez necesarias y peligrosas!". Las historias y narraciones son necesarias tanto en los contextos judiciales como extrajudiciales, porque son los medios principales por los cuales fragmentos de información y "piezas" de sucesos que están dispersos, pueden ser combinados y organizados como un conjunto de hechos coherentes y significativos: las historias modelan nuestra experiencia y nos proveen con esquemas del mundo!", pueden ser entendidas como "elaboraciones interpretativas de los sucesos" que dan una forma posible, un modelo, a una serie de datos informes!", Ellas proveen una "heurística", esto es, un método para descubrir lo que realmente ocurrió!", Sin embargo, su característica principal es que ellas solamente proponen posibilidades, no importando que tan lejanas ellas estén de la realidad!". En ese sentido, las narrativas son como el diseño que forma un mosaico a partir de un montón de piezas de vidrio de colores"?",

Por otro lado, las historias "se vuelven sospechosas" y peligrosas, porque abren la puerta a la vaguedad, la variabilidad y la manipulación en la reconstrucción de los hechos?", dependiendo del punto de vista, los intereses y los propósitos de los sujetos que cuentan las historias en un determinado momento y contexto. Esto es cierto, en general?", pero especialmente en el contexto judicial. Como veremos más adelante, un procedimiento judicial no incluye solo una narrativa o *story-telling*: es una situación compleja en la que varias "historias" son construidas y contadas por diferentes sujetos, desde diferentes puntos de vista y de

maneras distintas. Particularmente serios son los peligros de errores, relatos incompletos, manipulaciones y reconstrucciones incorrectas de los hechos, que pueden llevar a malos encendidos y errores dramáticos en la decisión final de un caso.

2.1. Un experimento mental

Existe una gran variedad de narrativas acerca de hechos. El tipo más común, está representado por las novelas y especialmente por aquellas novelas que están redactadas en la forma de relatos de historias. Existe toda una rama de la crítica literaria, llamada narrarología, se ocupa de los problemas relativos a las estructuras, las características y las técnicas de la narración, pero no es necesario que nos hagamos directamente cargo aquí de todos esos sofisticados temas^(23J). Más bien, podemos tomar un ejemplo muy simple y ver qué nos puede decir -en una especie de experimento mental- acerca de las narrativas y de sus aspectos epistémicos, con el fin de subrayar algunas características que parecen ser típicas de los relatos judiciales.

El ejemplo {escogido entre miles que podrían servirnos igualmente bien) es la muy conocida novela de suspense de John Grisham *The Broker*. Las razones de esta elección son básicamente las siguientes:

- a) Cientos de miles o millones de lectores la conocen;
- b) Una parte importante de la historia sucede en Bolonia, una ciudad que conozco muy bien.

Cuando una Lectora No Informada (LNI) (esto es, una lectora que no sabe nada de Bolonia) lee la novela, encuentra descripción de lugares, plazas, calles, restaurantes, iglesias y otros sitios en que

ocurre la acción. Esas descripciones son frecuentemente detalladas y realistas: reflejan muy bien las imágenes y la atmósfera de la ciudad y de sus lugares y formas de vida representativos. De hecho, Grisham vivió en Bolonia algunos meses solo con el fin de reunir información e impresiones sobre los lugares que iba a describir. Esto le da a la novela un sabor de autenticidad, coherencia y realismo que se aprecia en si mismo, y no solamente porque agregue una fuerte sensación de credibilidad a las aventuras del Broker. Cuando una Lectora Informada (LI) (esto *es*, una lectora que conoce bien Bolonia) lee al novela, su actitud casi instintivamente se transforma, y no sólo por el sentimiento de "familiaridad" que la LNI no puede tener. Con las descripciones de Grisham, la LI puede sentirse inclinada a distinguir enunciados que son epistémicameme diferentes entre ellos:

- a) Algunos (muchos) de estos enunciados son verdaderos. Por ejemplo, cuando Grisham escribe que en el centro de Bolonia hay dos torres medievales llamadas Asinellí y Garisenda, está realizando una aserción verdadera, porque en la Bolonia que existe en el mundo de la realidad empírica y material esas torres realmente existen con esos nombres. Igualmente, la afirmación de que en la Vía Zamboni n. 22 existe un edificio en el cual está ubicada la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia, también es verdadera. Hasta aquí vamos bien esos enunciados, como muchos otros, suenan verdaderos a la LI porque reflejan la realidad material de los lugares que describen. Para la LNI, ellos pueden sonar verosímiles, y para ella eso es suficiente.
- b) Cuando Grisham escribe que en el edificio de la Facultad de Derecho están los estudios de los profesores que enseñan en la facultad, hace una afirmación que es verosímil, porque en muchos casos - o en la mayoría- las salas de los profesores están ubicadas en los edificios principales de las facultades de Derecho. Por lo tanto, esa aserción es verosímil porque corresponde a lo que *normalmente* ocurre. El

problema es que, en el caso específico, el enunciado es verosímil, pero falso, porque los estudios de los profesores de Derecho de Bolonia no están ubicados en ese edificio. No hay nada asombroso en eso: muchas cosas que parecen verosímiles sólo porque corresponden al *id quod plerumque accidit*, en realidad no existen. Todo esto es irrelevante para la LNI: para ella, la verosimilitud de la afirmación sobre las salas de profesores es suficiente para asegurar la coherencia de la narración. La situación de la LI es diferente :ella entiende que la coherencia del relato se mantiene porque la afirmación es verosímil, pero se da cuenta que la narración está pasando de la descripción de la realidad al nivel de la invención y la fantasía, porque sabe que la realidad es diferente de la descripción ofrecida por Grisham.

- e) Cuando Grisham escribe que en el edificio de la Facultad de Derecho además está el estudio del profesor Rodolph Viscovich, hace una afirmación que es descriptivamente falsa, pero que no pretende ser verdadera, y ni siquiera verosímil, y que no puede ser tomada como verdadera o verosímil. Efectivamente, todo lector, informado o no informado, ya sabe que el profesor Rudolph Visconvitch no existe y que es solamente un personaje creado por el escritor: queda claro por la narración del primer encuentro del *Broker* y el profesor en un café, unas pocas páginas antes. De hecho, la coherencia narrativa de la historia está asegurada, porque el profesor Viscovicch es descrito como un hombre barbado, de edad mediana, muy "normal", lo que es un tipo humano común que perfectamente podría ser la imagen de un profesor, y no como una criatura verde venida de Marte.

Desde el punto de vista de la coherencia narrativa, no hay diferencia entre la situación de la LNI y la de la LI: ambas pueden apreciar el orden y la conexión de los sucesos que se describen. Sin embargo, la LNI percibe solamente la coherencia de la narración y la verosimilitud uniforme de los sucesos, mientras que la LI conoce que algunas partes

de la historia son verdaderas, mientras que otras partes son falsas, aunque verosímiles. Puede apreciar el esfuerzo de Grisham para insertar su historia en un contexto verídico, pero no puede percibir un giro continuo y reiterado desde la realidad a la ficción y de la ficción a la realidad. En una palabra: la LNI y la LI leen la misma narración desde dos puntos de vista epistémicamente distintos. La LNI no sabe que es verdadero y que es falso en la historia de Grisham, pero no está interesada en saberlo: lo que está leyendo es -después de todo- una ficción, y no se espera de una ficción y no espera que la historia sea verídica, es solamente una ficción: sin embargo, sabe qué es verdadero y qué es ficticio en la historia de Grisham.

Ahora, dejando al Broker a su suerte, imaginémosnos que el New York Times informa que "el profesor Rudolph Viscovitch fue asesinado en su despacho en la Facultad de Derecho de Bolonia, Vía Zamboni, 22, por un estudiante decepcionado", y dice que esa afirmación fue formulada en la acusación redactada por el fiscal de Bolonia, fue incluida en el testimonio dado por un/a testigo y además aparece en la sentencia final que condenó al estudiante a las penas más severas (ya que matar profesores de derecho es el peor de los crímenes, incluso para alumnos decepcionados). Tanto la LNI como la LI, al leer la noticia, no podrían evitar la fuerte sensación de incomodidad y -esencialmente- de incredulidad. Ellas saben que -salvo por una muy improbable coincidencia de nombres- el profesor Rudolph Viscovitch no existe fuera de la historia de Grisham. Descartando errores en el reportaje del New York Times, tanto la LNI como la LI deben entonces concluir que las narraciones acerca del asesinato del profesor Viscovitch son falsas, aunque tomadas en sí mismas parecen coherentes, plausibles y, por lo tanto, creíbles. En consecuencia, la LNI y la LI pensarían que este es un claro caso de error judicial fundado en una imputación falsa, un testimonio falso y una sentencia equivocada.

Las razones por las cuales la LNI y la LI reaccionan en forma diferente al leer a Grisham y al leer el reportaje del New York Times son muy claras: al leer a Grisham ellas suspendieron su incredulidad porque estaban conscientes de que estaban leyendo ficción, y no se espera que los relatos fácticos sean descriptivamente verdaderos. Cuando, como en el caso de la LI, uno sabe que algunas afirmaciones incluidas en la novela son verdaderas porque la que dicen corresponde a lugares reales en Bolonia, esto puede agregarle un sabor de realidad al relato. Pero, incluso la LNI, que no puede percibir el sabor de realidad, puede apreciar perfectamente: la plausibilidad y el "realismo verosímil" de la historia. Pero cuando un lector sabe que no está leyendo ficción, y que está leyendo la narrativa *de* hechos relativos a un caso judicial real, su actitud es completamente diferente, asume que las historias sobre esos hechos deben ser verdaderos (no sólo verosímiles), y por lo tanto no puede sino ser incrédula cuando lee una historia judicial que sabe que es falsa.

Lo principal es que no se espera que algunas historias sean verdaderas (incluso si son al menos parcialmente verdaderas), y por lo tanto, el hecho de que sean descriptivamente falsas (en todo o en parte) no es relevante: un relato puede ser narrativamente bueno cuando es coherente, consistente, creíble, normal, familiar, verosímil y, por lo tanto, persuasivo. Pero un buen relato no necesita ser verdadero'<".

Respecto de otras historias, por el contrario, se espera que sean ciertas y por lo tanto el lector permanece siendo "incrédulo" hasta que quede satisfecho de que la narrativa corresponde a la realidad material de los acontecimientos. Se trata solo de un asunto de contextos diferentes y de narrativas diferentes. Después de todo, tanto los LNis como los Lis nunca deben olvidar que el derecho no es literaturav'", y que una buena narrativa en literatura puede ser una mala narrativa en derecho. En el fondo de este asunto, hay un problema fundamental que dice relación

con el concepto de verdad: la verdad se relaciona con el contexto al que pertenece. Por lo tanto, contextos diferentes pueden adoptar distintos conceptos de verdad y es la diferencia en el contexto lo que determina diferentes ideas sobre la verdad. Es entonces, en consideración al contexto que podemos decidir si una aserción describe el mundo en su realidad empírica y solamente cabe pensar en una verdad "interna" a ese universo fantástico *mi*. El contexto judicial *es* un contexto en que la verdad empírica es necesaria; una novela es un contexto en el cual la "verdad narrativa" es simplemente algo que pertenece al mundo fantástico creado por el novelista. Grisham, al igual que muchos otros novelistas, mezcla los contextos usando también enunciados que son empíricamente verdaderos, pero lo hace sólo como un recurso literario; de todas formas un concepto diferente de verdad está operando: es la verdad "interna" a la historia fáctica del *Broker*.

2.2. *Narrativas y hechos*

Incluso cuando el discurso usual sobre narrativas y *store-telling*, se remite específicamente a los contextos judiciales, suele hacer referencia en forma general a todos los elementos del caso, juntando en un "todo" inseparable tanto los aspectos fácticos como los jurídicos de la situación de que se trata²⁸¹. Esto puede deberse a varias razones. Una razón puede ser que los abogados tienden a hablar mucho más del derecho que de los hechos. Otra razón puede ser que la práctica del *story-telling* jurídico, y del *story-telling* judicial también, tienda a borrar varias distinciones, como aquellas existentes entre hecho y derecho y entre hecho y *va.lor*<29>. Una tercera razón puede ser que la distinción derecho-hecho sea un antiguo y eterno problema no sólo en los sistemas de *common lato*, donde tiene que ver básicamente con la separación de funciones entre el juez y el jurado'?", Aún en los sistemas de *civil lau*; en los que no se

conoce el jurado civil y donde la distinción entre derecho y hecho se usa especialmente con el fin de definir los límites de facultades de las cortes supremas, ella resulta confusa y problemática y tiene significados diversos en distintos contextos?". Una cuarta razón importante es que definir un "hecho" puede dar lugar a un conjunto de preguntas filosóficas, por lo que uno tiende a dejar a un lado cualquier intento de hablar específicamente de "hechos". No hay que asombrarse, por lo tanto, de que la actual teoría del *story-telling* no considere la distinción entre derecho y hecho.

Todas estas dificultades deben ser consideradas cuando se habla de narrativas judiciales. Sin embargo, el discurso puede ser menos general y vago que lo que es usual: no hay duda de que los relatos judiciales deben referirse también a los aspectos jurídicos del caso, pero esto no significa que sea imposible pensar en narraciones sobre *hechos*. Tampoco hay duda de que -citando a William Twining nuevamente- los hechos tienen que ser "tomados en serio"^(3J) muchos casos se ganan o pierden "en los hechos", dependiendo de si el demandante tuvo éxito en probar los hechos en que se fundamenta su demanda, muchos "casos difíciles" son difíciles porque los hechos son demasiado complejos como para ser subsumidos bajo una norma legal clara, más aun, en el contexto judicial los hechos son el punto de referencia de todo el aparato de la prueba. Por lo tanto, si uno tiene alguna experiencia en la práctica de los procedimientos judiciales, negar la posibilidad de hablar separadamente de "narrativas relativas a los hechos" parece no tener sentido. Entonces puede, razonablemente, asumirse que los hechos del caso pueden distinguirse del "derecho del caso", aunque claramente estas dos dimensiones estén íntimamente conectadas.

Es fácil notar que para que el derecho y los hechos estén conectados, ellos deben ser concebibles como distintos o al menos como distinguibles.

En realidad, los hechos del caso pueden ser identificados como tales y ser separados de las dimensiones jurídicas del caso³³¹. Por cierto que cuando se habla de "hechos" no se hace referencia a los hechos en su existencia material y empírica: las narraciones solo pueden referirse a "enunciados acerca de hechos". Un enunciado acerca de un hecho, es cualquier enunciado en el que se describe que un evento ocurrió "de tal y cual manera" en el mundo real (el que, por supuesto, se asume existente y no meramente imaginado o soñado)³⁴¹. En tanto describe algo que se asevera haber ocurrido en el dominio de la realidad, ese enunciado es *apofántico*, esto es: puede ser verdadero o falso³⁴².

Hay al menos un sentido en el cual la distinción entre derecho y hecho es necesaria y, en consecuencia, también posible. Esa distinción es ineludible cuando el problema es establecer qué puede y qué deber ser probado en un procedimiento judicial. El principio general comúnmente reconocido es que el derecho no puede ser probado en el sentido propio y específico de la palabra: *jura novit curia*, y corresponde al juez conocer el derecho aplicable para decidir el caso. Entonces, sólo los hechos (es decir, enunciados relativos a hechos) son objeto de prueba. Las afirmaciones relativas a los aspectos jurídicos del caso son objeto de decisión, interpretación, argumentación y justificación, pero no pueden ser *probadas*. Las aserciones relativas a hechos también son materia de decisión, interpretación, argumento y justificación, pero sobre todo - y finalmente- ellas *pueden* ser probadas como verdaderas o falsas. La relevancia de los elementos de prueba, es decir, la condición básica para su admisibilidad, se establece por referencia a las aserciones fácticas relativas al hecho físico en cuestión, no por referencia a los argumentos jurídicos proporcionados para encuadrar jurídicamente el caso. Esa distinción entre derecho y hecho no necesita ulterior análisis: los principios que rigen la admisibilidad y la valoración de las pruebas

ofrecen una base suficiente para determinar qué merece ser considerado como "hecho" en el contexto de un caso judicial.

Cuando se trata de los hechos que están involucrados en un proceso judicial, no hay necesidad de ahogarse en una vorágine de asuntos filosóficos y epistemológicos", De hecho, los acontecimientos que son relevantes en la administración de justicia son *tranches de vie*, es decir, eventos o conjuntos de efectos que tienen que ver con la vida de la gente. Esto significa que normalmente estos pueden ser determinados a un nivel macro: incluso cuando resalten involucradas la microfísica o la genética, el objetivo final es siempre probar "un hecho de la vida de la gente". Normalmente, ellos pueden ser determinados con suficiente especificidad por referencia a la situación jurídica de los sujetos involucrados.

Hay, sin embargo, algunos aspectos de la definición de los "hechos de la causa" que vale la pena considerar con mayor detenimiento. En primer lugar, esos hechos son seleccionados y determinados de acuerdo con su *relevancia* en el caso: los hechos y las circunstancias irrelevantes, no necesitan ser tomados en cuenta al definir qué hechos deben ser probados. El estándar para evaluar la relevancia es doble: un hecho es *jurídicamente relevante* (en la jerga jurídica norteamericana: "*material*") cuando corresponde con el supuesto de hecho definido por una norma jurídica que se considera posiblemente aplicable al caso. Las reglas definen "tipos de hechos" ("*Fac-types*") y los hechos concretos son relevantes (como "*Fac-token*") cuando corresponde a estos ripostm. Entonces, los hechos jurídicamente relevantes son definidos como tales por referencia a la norma que es vislumbrada como estándar para tomar la decisión final: esos hechos son los *Jacta probanda* básicos, esto es, el objeto principal de prueba, y por lo tanto el contenido de las aserciones fácticas más importantes. Un hecho es *lógicamente relevante* cuando, no siendo en si mismo un *Jacta probanda* básico, puede ser usado como

una premisa, esto es, como un punto de partida, para inferencias que posiblemente lleven a una conclusión acerca de la verdad o falsedad de un enunciado relativo a un hecho principal. Un hecho lógicamente relevante merece ser probado cuando su conocimiento es útil para inferir la verdad o falsedad de ese tipo de enunciados osl.

Los hechos pueden ser simples, cuando un solo evento involucra a una o más personas en un momento específico en el tiempo, o pueden tener distintos grados de complejidad, cuando, por ejemplo, varios eventos conexos involucran a varias personas, o pueden ser extremadamente complejos, cuando una serie de eventos están repartidos en el tiempo e involucran a cientos o millones de personas?". En consecuencia, algunas veces pueden ser descritos por uno o sólo unos pocos enunciados simples, y otras veces sólo pueden ser descritos mediante historias largas y complicadas. Sin embargo, así como los eventos complejos pueden ser pensados y analizados como compuestos por conjuntos de eventos singulares, las narrativas complejas están compuestas por cadenas de aserciones específicas: desde el punto de vista de la prueba, cada aserción específica deber ser probada. Por ejemplo, si el "hecho" es una cadena causal compleja como "A - B - C - D", es necesario que se aporten elementos de prueba que puedan sustentar A,B,C,D y todas las relaciones causales que las conectan?".

Los hechos pueden involucrar no sólo eventos ocurridos en la realidad material, como un accidente de tráfico, *sino* también artículos o estados de ánimo, como ocurre con la intención o *mens rea*, o pueden estar compuestos tanto de elementos "materiales" como "psíquicos". Estos hechos pueden dar lugar a dificultades probatorias, pero, no obstante eso, deben ser acreditados como hechos: esto significa que los enunciados que los describen también deben ser probados como verdaderos o falsos?".

2.3. *Story- tellers.*

Un aspecto que a veces se pasa por alto o se subestima en los discursos relativos a las narrativas judiciales, es que en el contexto judicial no se da solamente una narrativa continua. Una mirada más detenida a la administración de justicia en la perspectiva narrativa, muestra que de hecho está integrada por un número variable de "historias" relatadas por diferentes sujetos, en diferentes formas y con diferentes propósitos?". No se trata sólo de que hay varios sujetos que hablan desde puntos de vista diferentes"" y desde perspectivas particulares't". En los procesos judiciales las historias son contadas por los abogados con ánimo de confrontación y se encuentran en oposición una con otras(45): el contexto judicial tiene la estructura de una controversia, en la que los abogados presentan relatos alternativos y opuestos de los hechos't"', Entonces, quien juzga acerca de los hechos (*trier ofFact*) debe tomar una decisión a favor de uno de los posibles relatos. Las características particulares de las "historias" que son relatadas en el contexto judicial, merecen algunos otros comentarios, especialmente desde el punto de vista de los "*story-tellers* judiciales" más importantes y característicos.

a) *Abogado*: En relación con las narraciones de los abogados, Twiníng pone el acento en que los mecanismos de una efectiva defensa "involucran el socavamiento del argumento racional", "incluyen técnicas para mantener al margen información relevante" "para blanquear los hechos" y para aprovechar medios de persuasión no racional?\"", y que todo *esto* se hace porque la primera tarea de un abogado es persuadir al tribunal de decidir a favor de su cliente'?"'. En consecuencia, las narraciones de los abogados tienden a incluir una manipulación de los hechos, orientada a ganar el caso(46). Otros autores comparten esta visión crítica y escéptica sobre la forma en que los abogados preparan y presentan sus historias y enfatizan el hecho de que esas narraciones muchas veces son engañosas

y desorientadoras". Si, como parece, escasas son descripciones realistas de la práctica narrativa de los abogados, surgen algunas preguntas. Se hará referencia enseguida a dos de esas preguntas, aunque con el solo fin de llamar la atención sobre ellas y sin la discusión completa que merecerían. Luego se dedicaran algunos comentarios adicionales a una tercera pregunta.

La primera pregunta, dice relación con la ética profesional de los abogados y considera si, y en qué medida, la omisión voluntaria o la distorsión de hechos relevantes por parte de ellos con el propósito de ganar el caso, es legítima y justificada. Cabe preguntarse si debiera haber una "ética de la narrativa del abogado" que prohíba a este presentar un relato de los hechos que considera falso. Sin embargo, la respuesta al problema de si el abogado está o no obligado a decir la verdad al narrar los hechos, puede ser desconcertante: el estudio más reciente y autorizado sobre ética jurídica sólo tiene una breve referencia a ella, que dice que el abogado tiene esa obligación en casos civiles, pero con "importantes reservas". El mismo estudio subraya también que los "principios de ética jurídica algunas veces contradicen los principios comúnmente aceptados de moralidad cívica"⁽⁵³⁾. Probablemente, esto es particularmente cierto respecto de la obligación de decir la verdad: la moralidad cívica está quizás a favor de que la gente diga la verdad, pero pareciera que no existe una obligación de decir la verdad -y menos de decir "toda la verdad"- cuando se trata de abogados. A lo más ellos pueden estar obligados a no usar elementos de prueba o aserciones de otras personas que saben que son falsas, pero esto no es equivalente a decir que tienen un deber ético de ser veraces.

Como ha sido señalado en forma realista "no se presume que el actor crea algo con respecto a la demanda, y menos aún que crea que es verdadera". Esto se confirma, por ejemplo, si consideramos la regla de las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses. Esta regla ha sido

modificada con el propósito de reforzar el rol y la responsabilidad de los abogados, pero no contempla ninguna obligación clara y explícita respecto de la veracidad de lo que los abogados dicen: sólo están obligados a constatar que, de acuerdo a su mejor "conocimiento, formación y convicción formados después de una investigación razonable de acuerdo a las circunstancias", que "las alegaciones y demás pretensiones relativas a los hechos tienen un respaldo en los elementos de pruebas disponibles o que "probablemente tendrían un respaldo en los elementos de prueba si hubiera ocasión de proseguir la Investigación"?". Esta disposición está orientada claramente a sugerir que las alegaciones sobre los hechos deben ser hechas seriamente y con buena fe, pero no requiere que sean verídicas.

En otros sistemas, se impone a los abogados una "obligación de sinceridad", que parece incluir también el deber de hacer afirmaciones verdaderas. Un ejemplo significativo lo ofrece ahora el sistema inglés, desde que la Regla 22.1 de la *Civil Procedure Rules*, dictadas en 1999, requiere que los contenidos fácticos de las pretensiones sean confirmados por una "declaración de verdad" jurada, tanto de la parte como de su abogado, bajo pena de perjurio para el caso de que se haga un juramento falso?". Una norma similar está contemplada por § 138 n. 1 del *Zivilprozessordnung* alemán, que dispone que las partes están obligados a ser veraces en sus afirmaciones sobre los *hechos* del caso^(SBL). Sin embargo, disposiciones como éstas no existen en todas partes y, por el contrario, varios sistemas no incluyen ninguna norma concerniente a la obligación de veracidad de las partes y de sus abogados. Por otro lado, es muy dudoso que pueda hacerse efectiva esa clase de exigencia de sinceridad?". Por lo tanto, parece razonable creer que generalmente -y sólo con algunas pocas y limitadas excepciones- los abogados no están obligados a decir la verdad. Menos aún están obligados a evitar distorsiones, manipulaciones o vacíos en sus descripciones de hechos.

La segunda pregunta puede ser planteada básicamente en estos términos : si las narrativas de los abogados son parciales, partidistas, manipuladas y engañosas, basadas sobre omisiones y mecanismos no racionales de persuasión, y por definición no verídicas, es difícil hacerlas calzar con la afirmación tradicional -ampliamente compartida en los sistemas de *common law*, y algo popular en sistemas de *civil law* también- de que el tribunal debe tornar su decisión solo escogiendo entre las dos historias en contienda, presentadas por las partes en un contexto de confrontación. Si, como parece, ambas historias ofrecidas por los abogados de las partes son "malas historias", destinadas a engañar y desorientar a quienes juzgan sobre los hechos, con el objeto de ganar al adversario, la situación del juez, que en cualquier caso tiene que optar por una de estas dos historias, esto es -digamos-, por la "menos mala", es una situación difícil y desafortunada. Desde esta perspectiva, la situación del juez en los sistemas procesales de tradición continental es un poco menos penosa, ya que normalmente puede y debe componer su propia historia de los hechos del caso, cuando las historias contadas por ambas partes sean poco conliables.

Sea como sea, la tercera pregunta requiere algunos comentarios adicionales en relación a un par de aspectos interesantes de las historias que narran los abogados sobre los hechos del caso.

Primero que todo, debe considerarse que esas historias son construidas de distintas maneras en las diferentes tradiciones jurídicas. Los sistemas procesales de *civil law* se basan en las "alegaciones de hechos". Esto significa que el primer escritor de la demanda en que se plantea la pretensión, debe incluir una descripción específica, detallada y en lo posible completa de todos los hechos principales del caso. La ausencia de esa descripción se considera un defecto de la demanda; se admiten correcciones posteriores en forma limitada, pero la primera descripción es fundamental. Más aún, de acuerdo

con la comúnmente aceptada *Substantierungstheorie*, la afirmación de los hechos principales, que representan la llamada causa, *causa petendi*, define el objeto de la pretensión. Con el fin de entregar un cuadro completo de la situación fáctica del caso, y también con el fin de fijar un marco de referencia para evaluar la admisibilidad de los elementos de prueba relevantes, normalmente también las circunstancias que "rodean" los hechos principales (es decir, los hechos lógicamente relevantes) son cuidadosamente descritas en el primer escrito. En estos sistemas, por lo tanto, el caso se inicia, desde el comienzo, con el relato del demandante, en el que se supone que los hechos son narrados en forma completa y detallada. En gran medida, las reglas son las mismas para el demandado: él puede refutar parcialmente o *in toto* la historia del demandante, pero, en cualquier caso, tiene que presentar su propio relato de los hechos relevantes, que puede ser la versión opuesta del relato del demandante o una versión completamente distinta de los hechos. Sin embargo, también la historia de la demandada tiene que estar basada en una alegación completa y detallada sobre los hechos relevantes.

Las cosas son diferentes en lo procesal, pero sustancialmente equivalentes, cuando se trata de sistemas en los que la demanda no contiene necesariamente una narración completa de los hechos (o sistema de notice pleading), como ocurre en el caso de las *Federal Rules of Civil Procedure* de Estados Unidos. En un sistema como ese, los hechos son establecidos paso a paso, a través de la presentación de los elementos de prueba. Entonces, solo al final de la etapa prejudicial, las dos partes pueden delinear el cuadro de la situación fáctica que subyace al caso^{62l}. Por decirlo de alguna forma, el esbozo y la composición de las historias de las partes resultan más extensos, más fragmentados y más complicados que en los sistemas procesales de *civil law*. De hecho, en esos sistemas los hechos sólo son investigados y analizados por los abogados antes de empezar el caso con el fin de chequear previamente si la pretensión

puede tener sustento en una historia completa y detallada de los hechos. Si el resultado de este control previo, es negativo, probablemente sería mejor para el demandante evitar iniciar un proceso. En todo caso, incluso en los sistemas de *notice pleading* llega el momento en que se espera que ambas partes presenten sus propias historias del caso.

Esas "historias" comparten típicamente algunas características que merecen atención .

Antesquenada,pretendenserverdaderas. Nosonsimplesconversaciones entre los abogados y el tribunal: cuando el abogado alega algunos hechos, implícita o explícitamente sostiene que *esos* hechos son verdaderos. De hecho, sería un sinsentido que el abogado invocara el hecho material en que se basa su pretensión pero, al mismo tiempo, dijera o sugiriera que la afirmación relativa a ese hecho es falsa. Lo mismo ocurriría si llamo a mi esposa y le digo que mi vuelo desde Nueva York esta con cinco horas de atraso, pero al mismo tiempo le digo que eso es falso, seguramente mi esposa se preguntará cuantos. gins con tónica he bebido

Entonces, una "pretensión de verdad" es típica de las narraciones de los abogados, así como de muchos otros relatos, independientemente de si ellas son efectivamente verdaderas o falsas. Pero como, respecto de una enunciación, una pretensión de verdad no es equivalente a ser verdadera , la historia de un abogado acerca de un hecho material no es nada más que una *historia hipotética* relativa a ese hecho. Está hipótesis se presenta "como verdadera", pero todavía no es más que una hipótesis: si es verdadera o falsa se determinará mas adelante, en el curso del procedimiento y en la sentencia final. En términos de la teoría de los actos de habla, esas narraciones pertenecen a la categoría de los actos ilocucionarios, con un objetivo ilocucionario asertivo. En efecto, ellas son aserciones, es decir, enunciados que pretenden afirmar una proposición verídica describiendo un hecho "con una dirección de ajuste

palabra- mundo"<⁶³¹. En tal caso de las historias contadas por las partes, hay otros dos aspectos importantes respecto de la función que cumplen: uno está conectado con el hecho de que el propósito del abogado es ganar el caso y, por lo tanto, la historia que cuenta está construida con el fin de persuadir a quien juzga los hechos de que su cliente merece ganar"⁴. Desde esta perspectiva, la narración del abogado tiene también otro objetivo ilocucionario, que es directivo, dirigido a sustentar una petición que puede ser concedida o negada"?. El otro aspecto, no considerado por la teoría del *story-telling*; pero jurídicamente relevante, está relacionado con la carga de la prueba. En realidad, el abogado no cuenta su historia hipotética de los hechos del caso sólo con el fin de informar al tribunal y las otras partes. Cuando presenta la historia, el abogado toma sobre sus hombros la carga de las pruebas en relación a esos hechos a menos que existan presunciones legales aplicables al caso, y a menos que el tribunal establezca una distribución diferente de las cargas probatorias entre las partes, el principio básico es que él *onus probando incumbir ei qui dicit*: quien afirma que un hecho es verdadero tiene la carga de probar la verdad de sus afirmaciones. Esto es generalmente válido en muchas áreas de la experiencia: en el contexto judicial significa que, para ganar un caso, es necesario que se satisfaga la carga de la prueba que fue asumida al alegar los hechos⁶⁶¹.

b) *Testigos*. En cierto sentido, un testigo es típicamente un *story-teller*. Es una persona que se supone que tiene conocimiento de algunos hechos del caso y de la que se espera que "relate la historia" de los hechos que conoce. Un testigo puede cumplir con su función narrativa de diferentes maneras: algunas veces se le pide narrar lo que sabe en forma ininterrumpida; más frecuentemente es interrogado -por los abogados de las partes o por el tribunal, o por ambos, dependiendo de las reglas sobre formación de esa clase de prueba- por medio de una o más series de preguntas específicas. En este caso, la historia del testigo

va apareciendo a través del transcurso de las pruebas que da. No existe un texto espontáneo y continuo: la historia está fragmentada y el testigo normalmente entrega pequeñas piezas dispersas de un mosaico ^(o7) que deben ser combinadas en un diseño general. Frecuentemente, el hecho es descrito en la pregunta, y la respuesta del testigo es simplemente "sí" o "no". Más aún, la estructura de este tipo de diálogo puede ser diferente: en la mayor parte de los sistemas de *civil law* el examinador es el juez, quien normalmente hace a los testigos preguntas sobre los hechos que fueron previamente señalados por las partes; en sistemas que adoptan la técnica del interrogatorio directo y el contrainterrogatorio, quienes interrogan son los abogados y la interrogación puede estar estructurada en dos o más etapas, en las cuales hacen sus preguntas en las secuencias que consideran más eficiente con el fin de obtener el testimonio. No obstante estas formas dialógica e interactiva de interrogación y de la variedad de formas en que esta puede ser conducida, puede asumirse que la historia es contada por el testigo y que esa historia puede ser reconstruida a partir del registro de la interrogación del testigo.

La historia que es contada por un testigo, tiene dos aspectos relevantes que vale la pena destacar aquí. Tiene una *fuerte pretensión de veracidad*, mucho más fuerte que la pretensión de veracidad que -como hemos visto más arriba- es característica de las historias de los abogados. Mientras que el abogado no está bajo una real obligación de decir la verdad, el testigo sí tiene esa obligación: jura decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad, y el perjurio es penado por el derecho criminal. Esto no significa, por supuesto, que los testigos nunca mientan, pero significa que hay por lo menos una pretensión *prima facie* a favor de la veracidad de sus narraciones. Hay, sin embargo, un aspecto que puede resultar desconcertante, al menos en algunos sistemas. En los sistemas procesales de *civil lato*, los testigos son normalmente nombrados por las partes; sólo algunas veces el tribunal tiene la facultad de llamar testigos

de oficio⁽⁶⁸⁾. En ambos casos, sin embargo, se espera que el testigo sea imparcial, porque su papel es contar *al tribunal* una historia confiable acerca de los hechos que se supone que conoce. El testigo no está orientado hacia la parte, y la historia que cuenta se supone que es la "verdadera" historia de los hechos. En el sistema estadounidense, los testigos también son presentados por las partes (porque los tribunales rara vez usan la facultad que les entrega la Regla 614 (a) de las *Federal Rules of Evidence*), pero están básicamente orientados a la parte, habiendo sido recogidos y previamente instruidos y preparados por "su" parte. Se espera de ellos, entonces -y es lo que requiere su juramento- que digan la verdad que fundamenta la posición de "su" parte en el caso.' Si no lo hacen, se transforman en testigos "adversos" y son examinados como tales; pero incluso en este caso, no se supone que sean neutrales e imparciales: siempre se asume que están orientados hacia la parte, en una forma positiva o negativa, y no hacia el tribunal. Puede haber una difícil tensión entre la obligación de decir la verdad y la inclinación de contar la historia que es preferida por la parte que presenta al testigo.

Por otro lado -y este es el segundo aspecto relevante- normalmente la interrogación de un testigo incluye preguntas que están específicamente dirigidas a confirmar y confrontar su credibilidad. Sucede en los sistemas de tradición continental, ya que el juez, y también en alguna medida las partes, pueden hacer preguntas acerca de la credibilidad del testigo como persona y de la confiabilidad de su recuerdo y su narración de los hechos. Sucede -probablemente en una forma más efectiva- en los sistemas de *common law* ya que la contrainterrogación está típicamente dirigida a atacar y posiblemente a destruir la credibilidad del testigo y la confiabilidad de las respuestas que da durante el interrogatorio. En este sentido, uno bien puede entender el muy conocido *dictum* de Wigmore según el cual la contrainterrogación "es, más allá de toda duda, el mejor motor jurídico que se haya inventado para descubrir la verdad"⁽⁶⁹⁾. Por supuesto, aquí estamos considerando lo que podría ser definido

como el funcionamiento "fisiológicos" de la contrainterrogación; una pregunta completamente distinta surge cuando los abogados abusan de este mecanismo con el fin de esconder o distorsionar la verdad y tratan de destruir al testigo independientemente de que haya o no dicho la verdad t?oj.

Este es exactamente el punto: la interrogación de un testigo es -o debe ser- realizada precisamente con el fin de investigar la verdad sobre lo que el testigo conoce acerca de los hechos del caso. No se espera que el testigo cuente una historia cualquiera para el entretenimiento del tribunal, de los abogados o del público. Se espera -y se le obliga- a presentar una narración verdadera de los hechos del caso. Esta narración, al estar compuesta de enunciados que describen hechos, también pertenece a la categoría de actos ilocucionarios asertivos y tienen la función de entregar a quien juzgar los hechos una información verdadera y confiable.

e) Quien juzga los hechos (*trier offoct*). Quien juzgar los hechos es el narrador final y por eso el más importante. Al término del procedimiento, se enfrenta con un grupo de historias que, han sido relatadas por los abogados y por los testigos: esas historias están normalmente en conflicto y competencia, o pueden ser simplemente diferentes y presentar varias narraciones de los hechos involucrados. La función principal de quien juzga los hechos es determinar cuál de todas es la "mejor" narrativa de los hechos en términos relativos, ya sea escogiendo una historia entre aquellas que fueron ya contadas o construyendo su propia historia si está autorizado para hacerlo y no está satisfecho con ninguna de las historias contadas por las partes. La narración que es presentada por quién juzga los hechos al final del juicio, en su decisión final, tiene al menos tres características relevantes: a) también es un acto ilocucionario asertivo, pues está compuesto por un conjunto de enunciados que describen hechos; b) es neutral y *supra* partes: el juez no tiene un propósito particular que alcanzar, excepto aquél de entregar una decisión cuidada

y justa. No tiene un interés personal específico que avanzar ni personas a quien proteger o apoyar. No debe ser parcial a favor o en contra de nadie: se requiere que sea independiente e imparcial. Su perspectiva típica es, dicho en términos de Norberr Elias, aquélla del *desapego*: su historia es y debe ser "*desapegada*" de la disputa de las partes sobre los hechos del caso?", La función de su historia es solamente establecer que se ha determinado que ciertos hechos han sido confirmados en forma "objetiva": e) por último, esa historia es *verdadera*, no solamente en el sentido de que tiene la pretensión de veracidad, sino porque es verdadera sobre la base del fundamento ofrecido por los elementos de prueba aportados y valorados. En un contexto judicial, una aserción relativa a un hecho es verdadera en la medida que ha sido confirmada por pruebas: "verdadera" es equivalente a "probada?". Entonces, la narración final creada por quién juzga los hechos es verdadera si ha sido probada como verdadera.

Sin embargo, hay que hacer una distinción entre el caso en que los hechos son juzgados por un jurado y el caso en que -como sucede en los sistemas de *civil law* y en Inglaterra- quién juzga los hechos es un juez (o un tribunal colegiado). Gran parte del discurso sobre *story-telling* se ha construido con referencia a jurados?", pero -irónicamente- los jurados en realidad no narran historias en absoluto: un veredicto no está nunca acompañado o sustentado por una motivación o ninguna otra manifestación escrita u oral que explique o justifique la decisión dada sobre los hechos de qué se trata. Por lo tanto, a lo más, podemos *adivinar* qué historias de los hechos construyeron los jurados en sus mentes y discutieron en el secreto de la sala del jurado, pero en realidad no podemos aprender nada acerca *de* dichas historias. Oe hecho, debemos trabajar con imaginación, o algo más. Esa imaginación puede estar más o menos sustentada por alguna prueba indirecta o diferencial, pero no podemos leer o escuchar las historias de los jurados, y nunca

sabremos directamente cómo un miembro del jurado o el total del jurado construyó una o más narraciones sobre los hechos del caso. En consecuencia, nunca sabremos si el jurado escogió una de las historias contadas por los abogados de las partes o elaboró una reconstrucción autónoma y original de los hechos del caso.

Las cosas son muy distintas en el caso de los jueces continentales. Ellos tienen la obligación legal, frecuentemente reforzada por disposiciones constitucionales, de ofrecer una motivación en la que la decisión sobre la *quaestio iuris* tiene que estar sustentada por argumentos jurídicos adecuados y las conclusiones sobre los hechos deben estar lógicamente fundadas en las pruebas relevantes presentadas en el curso del procedimiento. Hay, por lo tanto, una narración de los hechos del caso, que representa la manera en que son establecidos por el tribunal. Esta narración puede ser equivalente en parte o *in toto* a la narración presentada por una de las partes, en la medida que esa parte haya sido exitosa en probar "sus" hechos. Pero cuando el tribunal considera que ninguna de las historias ofrecidas por las partes ha sido sustentada por pruebas adecuadas, articulará una historia diferente basada en una reconstrucción autónoma y original de los hechos del caso, que tendrá que estar fundada en las pruebas que el tribunal ha tomado en consideración. Si las pruebas disponibles no son suficientes a la luz del estándar que la ley exige para una decisión «positiva" sobre los hechos, el tribunal va a contar una historia "negativa", diciendo que los hechos relevantes del caso no fueron establecidos y que, en consecuencia, las afirmaciones relativas a esos hechos no pueden ser tomadas como verdaderas. En cualquier caso, en *esos* sistemas hay efectivamente un relato de los hechos contado por el tribunal: este relato puede ser analizado, criticado y comparado con las otras narraciones que fueron dictadas en el contexto judicial.

3. Construyendo narraciones.

Un relato de hechos no es nunca, especialmente en los procedimientos judiciales, algo que *se encuentre* ya preparado o que caiga del cielo sobre el escritorio del abogado o en el estrado del juez. Sucede exactamente lo contrario: los relatos son *construidos* por sus autores, generalmente por medio de complejas y sofisticadas actividades creativas. Esta *construcción* no es solamente una descripción pasiva o abstracta y neutral de los hechos: como se ha dicho, las historias *construyen* los hechos que son narrados [74]. En algún sentido, por lo tanto, la construcción de una historia por su autor es también la construcción de los hechos que el autor narra: el autor, en otras palabras, constituye *su versión* de los hechos. Al construir su historia, en verdad el autor "*da forma a la realidad*". Por estas razones, puede ser interesante considerar al menos algunos de los aspectos más importantes de la construcción de relatos, tomando prestados algunos conceptos generales de la teoría narrativa, pero dirigiendo la atención a la construcción de narrativas judiciales. Desde esta perspectiva pueden distinguirse algunas "modalidades de construcción", aunque ellas se combinan e interfieren unas con otras en la creación de cualquier narrativa de hechos.

a) *Construcción de categorías.* Como lo enfatizan Amsterdam y Bruner, las categorías son "omnipresente e ineludibles en el uso de la mente humana"^F, por cuanto son el principal mecanismo que las personas emplean al interpretar y organizar la realidad, asignando un sentido y ubicando sucesos en un contexto particular de ideas[?], y -por lo tanto- al construir narrativas. Existen muchas categorías: cambian de acuerdo al tiempo y el espacio y nunca están fijas en su forma y contenido^v; más aún, cada persona tiene sus propias categorías de acuerdo a su propia cultura[?]. Como la construcción de narrativas se basa en la *categorización*, la consecuencia obvia es que cuando se usan diferentes

categorías o cuando una categoría se usa en diferentes versiones o sentidos, se construyen diferentes narrativas. No hay necesidad de desarrollar aquí un análisis acabado del uso de categorías^v: unos pocos ejemplos pueden ser suficientes para mostrar cómo las narrativas pueden variar cuando se usan diferentes categorías.

Incluso confiando en el concepto más común de *tiempo*, y sin caer en las complejidades filosóficas acerca de la idea de tiempo o incluso en las ideas más sofisticadas de espacio-tiempo, está claro que una categorización distinta de tiempo crea diferencias significativas en la construcción de narrativas. Una cosa es decir, por ejemplo, que el suceso 52 ocurrió un segundo o uno o cinco minutos después del suceso S1, y otra completamente diferente es decir que 52 ocurrió seis meses, 1 año o 10 años después de S1. Éstas serían historias completamente distintas en relación a S1 y S2. De manera similar, una cosa es decir que S1 y S2 ocurrieron en el mismo lugar, pero sería otra cosa decir que S2 ocurrió a 1 milla o a 10.000 millas de S1. Una vez más, la variación de las distancias lleva a contar historias completamente diferentes.

Otro ejemplo interesante que se da frecuentemente en los contextos judiciales, es aquel de la *causalidad*. La causalidad es una de las categorías que se usa con más frecuencia en el derecho^{vi} así como en otras áreas de la experiencia y hace muchos siglos es objeto de debates filosóficos y científicos, los que naturalmente no pueden ser discutidos aquí. Desde la perspectiva de la construcción de narrativas, es probablemente más interesante considerar la causalidad como un "modelo mental"^[82] o como un "modelo cognitivo idealizado^P", esto es: como un marco psicológico que se usa comúnmente con el fin de dar forma a las conexiones entre los hechos. Con todo: si decimos que una acción realizada por A provocó un daño físico a B, estamos hablando en términos de una causalidad directa y específica, porque estamos describiendo dos eventos particulares e individuales respecto de los cuales estamos diciendo que uno es la causa

real, concreta e inmediata del orro?". Pero si decimos que el evento E1 puede aumentar en cierta medida la probabilidad de eventos de tipo E2 en una población determinada, estamos hablando en términos de la llamada causalidad general, que es concepto completamente distinto de causalidad y que -a lo más- puede ser expresado en términos de la probabilidad de E2 si ocurre E1 ^(BS).

Las dos historias son muy distintas: la primera está correctamente fundada en la categoría de la causalidad, entendida como la conexión directa entre dos eventos, mientras que la última debiera ser más propiamente narrada en términos de probabilidad estadística. Contar esta última historia en términos de causalidad específica, sería erróneo y engañoso, porque sugeriría la idea de una fuerte conexión única que realmente no existe; contar la primera historia en términos de probabilidad también sería engañoso porque sugeriría que hay solo una conexión probable en vez de una causalidad directa. Aún más, si eventos del tipo E1 y del tipo E2 ocurrieran en una población determinada, pero no se descubriera ninguna relación ulterior entre ellos, significaría que la conexión entre ellos no puede ser descrita ni en términos de probabilidad, ni -mucho menos- en términos de causalidad «6) esa descripción distorsionaría el significado de la información que provee la ciencia y, por lo tanto, sería falsa.

Si uno combina todas las variedades posibles de tiempo, espacio, causalidad y conexiones no causales, el resultado claro es que existe un gran número de narrativas posibles para describir la ocurrencia combinada de E1 y E2; algunas de ellas pueden ser más coherentes y plausibles que las otras; algunas de ellas pueden ser cierras, algunas falsas. En todo caso, el diferente uso de categorías no puede sino producir diferentes historias.

b) *Construcción lingüística, semántica y lógica*. Obviamente, la calidad de la narración depende del uso correcto del lenguaje en que ésta se relace: una historia mal escrita, salpicada de errores de gramática y sintaxis, puede incluso ser imposible de entender. Igualmente obvio es el requisito de corrupción semántica: usar las palabras en su sentido correcto y propio y evitar el cambio de sentido del mismo término durante el curso de la narración son reglas elementales que no requiere mayor análisis. Lo mismo puede decirse de las reglas de la coherencia lógica, como aquellas de acuerdo a las cuales el narrador debe evitar contradicciones, salto en la línea argumental y en la descripción de los eventos conexos, como también el uso de inferencias injustificables. Si consideramos un texto de literatura experimental, puede que algunas o todas estas reglas sean dejadas de lado, pero ellas deben ser seguidas en un texto que pretende ser la narración descriptiva de un evento o un conjunto de eventos.

Hay, sin embargo, un aspecto de la construcción lingüística y semántica que requeriría algunos comentarios adicionales. Twinning destaca cómo las historias generalmente disuelven la distinción entre hecho y valor^{17}, pero éste es un asunto especialmente importante en relación a la construcción de las narrativas judiciales. De acuerdo con la *gran distinción* de Hume, los enunciados que describen hechos deben ser cuidadosamente separados de los juicios de valor y ninguno puede ser derivado del otro. Esa distinción es ineludible, no sólo por razones filosóficas, aunque puede ser difícil de aplicar en la práctica porque el derecho frecuentemente define los supuestos de hecho a través de términos valorativos¹⁸ y porque frecuentemente la gente común no entiende la diferencia entre hecho y valor. No obstante, siempre tiene que tomarse en consideración que los enunciados descriptivos son *apofánticos*, esto es, verdaderos o falsos: por lo tanto, ellos pueden ser probados ya sea como verdaderos o falsos.

Los enunciados que expresan juicios de valor *no son apofánticos*: ellos pueden ser fundamentados y justificados, o criticados y rechazados, pero no puede ser probada su verdad o falsedad. En términos jurídicos y judiciales, esto significa que sólo los enunciados que describen hechos, es decir, sólo las partes fácticas de una narración, pueden ser probadas o no probadas, mientras que las afirmaciones de valor, es decir, los aspectos valorativos de una historia, no pueden ser probados o no probados. Por ejemplo: una cosa es afirmar que la velocidad de un auto era "excesiva" y una cosa diferente es afirmar que esta "excedió el límite de 65 mph". La última afirmación es "fáctica" y puede ser verificada objetivamente (por un velocímetro), mientras que la primera afirmación expresa una evaluación puramente subjetiva que puede ser compartida posiblemente por varias personas pero que no puede ser objetivamente probada. La última afirmación es materia de prueba: la primera es un asunto de apreciación (s9J).

En la medida que una narración pretende ser verdadera, merece ser tomada como verdadera o tiene que ser considerada como verdadera porque está respaldada por pruebas suficientes, la diferencia entre enunciados descriptivos y enunciados valorativos se da obviamente por supuesta. Esa diferencia es importante, en contextos judiciales, desde muchos puntos de vista: basta con decir que normalmente un testigo común (es decir, un testigo no experto) no puede expresar su propia valoración personal sobre los hechos que están narrando. En términos más generales, la relevancia de los elementos de prueba es establecida sobre la base de su capacidad de entregar información que confirma la verdad o falsedad de una afirmación, lo que implica que la prueba debe ser referida a los hechos, no a las valoraciones.

En consecuencia, contar una historia en términos valorativos en lugar de hacerlo en términos prácticos significa contar una historia diferente: una historia que no puede ser objeto de prueba.

e) *Construcción social o institucional.* Incluso si uno no comparte en toda su extensión el ataque crítico de Ian Hacking contra la pretendida "construcción social" de todo *factum*, tiene que reconocer que, en diversas situaciones, tanto en la vida diaria como en contextos judiciales, nos manejamos con hechos materiales. Un accidente de tránsito, lesión o la muerte de una persona, son hechos materiales "brutos" antes y además de ser los fundamentos jurídicos para una demanda de indemnización de perjuicios y antes y además de ser "construidos" en alguna otra forma⁹⁴". Sin embargo, en muchos casos los hechos de la experiencia cotidiana, y particularmente los hechos involucrados en el proceso judicial, son "institucionales" o "socialmente consensuados" aunque están frecuentemente basado sobre algunos hechos "brutos" que preceden lógicamente a su calificación institucional⁹⁵". En el conocido ejemplo de Searle, un pedazo de papel con impresiones verdes es un billete de \$ 100 no por su realidad material, sino por las convenciones sociales, legales, institucionales y organizacionales en virtud de las cuales "cuenta como" un billete de \$100⁽⁹⁴⁾. Los mismos comentarios pueden hacerse acerca de muchos "hechos" que son relevantes en casos judiciales: por ejemplo, si pensamos en la transferencia de los llamados "productos financieros", o en transacciones virtuales en comercio internacional, estamos pensando en "hechos" que pueden tener relevancia jurídica -y por lo tanto, deben ser establecidos en el tribunal- pero que tienen una base empírica muy frágil, si tienen alguna. En esas situaciones, describir y narrar un hecho necesariamente requiere determinar también las dimensiones sociales e institucionales del hecho, incluso yendo más allá de su materialidad empírica.

d) *Construcción cultural.* En un sentido general, la construcción de narraciones siempre es "cultural" en sí misma: las categorías, el lenguaje y las construcciones sociales son parte de la cultura de cada *story-teller*. Hay, sin embargo, un sentido más específico en el cual la construcción de

narrativas es cultural: esto sucede porque cualquier narrativas se sustenta en una cultura y es creada por medio de una cultura, comprendida como un conocimiento del mundo. El concepto de coherencia narrativa puede ser definido, entonces, en términos de correspondencia de la historia relatada con los modelos de narraciones que existen dentro del "stock de conocimiento" que representa los contenidos de esa cultura?". Como Twining subraya, los relatos hacen una referencia permanente al "stock de conocimiento" que proporciona el antecedente cultural de cada *story-tefleyi*.⁹⁶ En algún sentido, ese "stock de conocimiento" puede ser comprendido como un equivalente al "sentido común" o a la "cultura general"?. En todo caso, es un "conjunto de cosas" extremadamente vago, indeterminado, variable e incierto. Es claramente imposible definirlo, básicamente por la vaguedad y variedad de su contenido; sin embargo, algunos aspectos de los "conocimientos" incluidos en el "stock" merecen algunos comentarios adicionales.

Primero que todo, uno debe enfatizar que dentro del cúmulo dispar de esos "conocimientos" hay muchas cosas que no son conocimiento en absoluto. De acuerdo con Twining, ese "stock" es una suma de "aglomeraciones de creencias mal definidas que típicamente consisten en un complejo potaje de información, modelos sofisticados, memorias anecdóticas, impresiones, relatos, mitos, proverbios, deseos, estereotipos, especulaciones y prejuicios, más o menos fundados". No consiste en "proposiciones individuales, empíricamente probadas y ya articuladas".

Dentro de este "potaje", algunos ingredientes merecen una atención especial. Primero que todo: los *prejuicios*. El sentido común está lleno de prejuicios de género, raciales, religiosos, étnicos e incluso profesionales que, además, de acuerdo a Schauer, son creencias infundadas respecto de una persona, normalmente basada en generalizaciones estadísticamente febles". Ellas pueden afectar profundamente la construcción de

narrativas y son particularmente peligrosas porque pueden ser efectivas en hacer la historia especialmente coherente y creíble para aquellos que comparten los mismos prejuicios. De esta manera los hechos pueden ser distorsionados y manipulados sustancialmente, pero la historia relatada puede sonar muy persuasiva para una audiencia similarmente prejuiciada"?".

El "potaje" también está hecho de libretos (*scripts*). Éstos "encarnan las expectativas y las prácticas corrientes en una cultura: ellos capturan las formas corrientes en que la gente vive y se espera que viva su vida cotidiana"!"?", "Mucho de nuestro conocimiento básico de la cultura está organizado en términos de esos libretos": ellos están frecuentemente ocultos en las narraciones y son "normalmente tácitos en lugar de explícitos"⁰⁰³¹. Los libretos, por lo tanto, encarnan las ideas de la "normalidad" existente en una determinada cultura: se usan para articular los hechos de acuerdo a secuencias normales de sucesos o comportamientos. Una vez más, se trata de un mecanismo que puede ser muy efectivo en la manipulación de los hechos: los hechos no son narrados "como ellos ocurrieron": ellos son "reducidos a la normalidad" porque de esa forma pueden sonar más familiares para un público que comparte las mismas ideas sobre lo que es normal y *anormal*. Esto no significa solamente que los sucesos sean encuadrados en una especie de tramas de determinada; ellos también son interpretados de acuerdo a un modelo predeterminado, y -como la referencia a la normalidad es prescriptiva más que descriptiva-!P" tienen el efecto de transmitir una suene de juicio moral: lo que es presentado como normal es bueno, y lo que es presentado como anormal es malo. En consecuencia, no se trata de un mecanismo para informar a la audiencia sobre la verdad de algo, sino de un mecanismo para condicionar las reacciones de la audiencia.

Otros ingredientes importantes son los *estereotipos* y los *perfiles*.!es!¹⁰!. Según Schauer, los estereotipos y perfiles usualmente se refieren a

personas, como la "esposa leal" y el "marido infiel", "el policía corrupto", el "chofer negro" y el "violador afroamericano", el "asiático" y el "traficante de drogas latinoamericano", el "terrorista islámico", etcétera. Los estereotipos y los perfiles están normalmente basados en generalizaciones burdas y por lo tanto tienen múltiples defectos. Algunas veces, las generalizaciones en que se fundan los estereotipos y perfiles están justificadas, y por lo tanto pueden ser útiles -al menos en alguna medida- para orientar decisiones y juicios. De la misma forma, esos estereotipos y perfiles pueden ser usados apropiadamente en la construcción de narrativas. En muchos casos, sin embargo, y quizás en la mayoría de los casos -especialmente aquellos que involucran raza, género y orientación sexual-, los estereotipos están típicamente basados en generalizaciones estadísticas infundadas, y por lo tanto no reflejan ninguna realidad específica. En realidad, no están destinados a dar una imagen precisa de personas particulares: son usados como medios para subsumir personas o comportamientos específicos bajo "tipos" bien conocidos, esto es, como un mecanismo que reduce la especificidad de tales personas o comportamientos, con el fin de simplificar la comprensión y la descripción de la realidad. En realidad, usar los estereotipos es sólo una forma de aplicar una especie de lecho de Procusto, esto es, de estirar a las personas bajas y cortarles las piernas a las altas de manera de hacerlas calzar en un largo determinado.¹¹ n. Cuando esto sucede, quien presenta los hechos incurre en la *falacia narrativa*, porque distorsiona los hechos para forzarlos a calzar dentro de una estructura narrativa culturalmente familiar. No es sorprendente que incluso la palabra "estereotipos" tenga una connotación negativa. Por lo tanto, en la medida que una narración se base en estereotipos, probablemente no podrá ser tomada como la descripción fiel de hechos reales: ella tiende a transformarse en una suerte de idealización en que caracteres típicos actúan en las formas típicas, como ocurre en la *commedia dell'arte* italiana.

Quizás los ingredientes más importantes y más desconcertantes del "potaje" son las *generalizaciones de sentido común*. Ellas son necesarias en cada etapa del razonamiento sobre la prueba y los hechos, ya que en la mayoría de los casos son las premisas para las inferencias que conectan la información y los hechos. Como dice David Schum, ellas son el "pegamento" del razonamiento inductivo¹⁵. El problema es que el estatus epistémico de esas generalizaciones, es usualmente vago e indeterminado: en realidad, pueden ser racionales e irracionales, buenas y malas, dependiendo de si tienen o no un sólido fundamento epistémico¹⁶. En algunos pocos casos, son una especie de vulgarización de las leyes científicas o de generalizaciones "verdaderas" que provienen de las ciencias: en esos casos -asumiendo que la traducción de la ciencia al sentido común no alteró o distorsionó el conocimiento científico original- son universales¹⁶ y pueden tener un grado significativo de confiabilidad; el caso típico, sin embargo, es aquel de las generalizaciones que no son universales¹⁷. Las generalizaciones no universales pueden tener una base estadística adecuada, y en ese caso, pueden ser significativamente confiables: en la mayoría de los casos, sin embargo, no tienen fundamentos estadísticos confiables y están fundadas solamente en el sentido común. En otras palabras, son "generalizaciones espurias?"¹⁸: esto significa que son infundadas, que sus sentir es vago, generalidad dudosa y que pueden ser contradichas por otras generalizaciones de sentido común o por una sede de circunstancias específicas¹⁹.

En algunas áreas de la cultura jurídica europea (especialmente en Alemania e Italia y en alguna medida en España), existe una tendencia a articular una noción de generalización de sentido común -con el objetivo de adscribirle un estatus epistémico menos vago- haciendo referencia a la "experiencia" que debe servirle de sustento. Originalmente, este concepto fue definido por Friedrich Stein (un destacado académico alemán en el área del derecho procesal civil) en un pequeño libro

publicado en 1893 dedicado al conocimiento personal del juez. La principal idea de que era que la experiencia podría llevar a la formulación de "máxima" (llamadas *Vérhandlungsmaximen*) obtenidas por inducción a partir de un gran número de casos particulares, y dotadas entonces de cierta generalidad. Esas generalizaciones serían "reales" y basadas en la experiencia en lugar de basadas en la ciencia y la lógica. No obstante su debilidad teórica, el concepto de "máximas de la experiencia" de Stein todavía es bastante popular. Sin embargo, esa idea es más engañosa que útil: transmite la impresión de que una inferencia basada en una "máxima" es productivamente válida porque es derivada de una premisa general aunque en verdad la mayor parte de las máximas no son generales. Esa impresión se basa en una confusión entre generalidad y generalización, en un contexto en que las generalizaciones son usualmente infundadas. En realidad, nadie sabe la experiencia de quién, por cuánto tiempo, de qué, de cuántos casos, recogida por quien, según qué parámetros es necesaria para poder firmar que ha surgido una máxima!". De hecho, muchas máximas no están basadas en experiencias reales sino en prejuicios, libretos y estereotipos, y por lo tanto los mismos problemas ya señalados a propósito de ellos, surgen también en el uso de las máximas.

Finalmente, otro ingrediente que es usado frecuentemente consiste en *cuantificaciones estadísticas o probabilísticas* infundadas o no verificables. Cuando las estadísticas se usan correctamente y las probabilidades (bayesianas o no bayesianas) están bien calculadas no se presentan grandes problemas y los hechos pueden ser establecidos por medio de inferencias válidas. Los problemas surgen cuando el agente, quizás en un esfuerzo por aparecer "científico", habla en términos de frecuencias y probabilidades, dando valores numéricos y porcentajes a todo, en una variedad de situaciones en que no hay disponibles cuantificaciones numéricas y frecuencias estadísticas confiables. Es bien conocido,

especialmente después del análisis fundamental de Nisbett y Ross²⁴ que los seres humanos son normalmente incapaces de cuantificar sus experiencias correctamente: las probabilidades erróneas y las frecuencias inventadas están entre las fuentes más importantes y frecuentes de falacias heurísticas en el discurso común cotidiano. El mismo error se comete cuando una "máxima de experiencia" es presentada en términos estadísticos o probabilístico"P (quizás vagamente, como "la mayoría de la gente hace esto y esto") sin ningún sustento para dicha cuantificación.

Por lo tanto, como destaca Twining, las generalizaciones de sentido común son necesarias, pero peligrosas"P. Una vez más, sin embargo, puede ser más o menos peligrosas o no serlo en absoluto, dependiendo del tipo de narración y de la forma en que sean usadas. En una novela histórica uno puede referirse a la experiencia (de la gente que vivía en otra época) de que el sol rota alrededor de la tierra, pero sería más bien extraño referirse a la misma experiencia en una narración judicial actual. Los signos de brujería pueden ser descritos en una novela medieval, pero sería inusual hablar de ellos en una narración judicial moderna: la calificación de "moderna" es necesaria porque por muchos siglos, y en Estados Unidos al menos hasta 1693 con los juicios a las brujas de Salern, las narrativas judiciales estaban llenas de brujas, es decir, de personajes creados por la cultura de aquellos tiempos""',

En contextos judiciales, el peligro inherente en el uso de generalizaciones de sentido común, debe ser contrarrestado en la mayor medida posible. Por ejemplo, ellas no deben ser invocadas cuando son contradichas por la ciencia, por evidencia empírica específica o por pruebas disponibles en el caso concreto. Adicionalmente, una máxima de la experiencia tampoco debiera ser invocadas cuando -como normalmente sucede- se contradice con otras máximas, o cuando no casa bien con los hechos particulares de que se trate. En general, además,

las narrativas basadas en generalizaciones de sentido común deben estar "andadas" en el terreno relativamente sólido del mejor conocimiento disponible en la cultura social a la que se hace referencia'F".

En suma, el "stock de conocimiento" que representa la base ineludible de la construcción cultural de narrativas, tiene al menos tres aspectos que sugieren el uso de un cuidado extremo y preciso en la construcción y en la evaluación de las narrativas. Por supuesto ese cuidado se requiere en tanto suponemos que las narrativas judiciales deben estar dirigidas a describir sucesos reales: no se necesita ningún cuidado -por supuesto- y todo los comentarios anteriores sobre construcción de narraciones serían insignificantes, si estamos pensando en relatos literarios.

El primero de estos aspectos, es que -como se dijo más arriba- gran parte del "conocimiento" incluido el "stock", no es conocimiento en absoluto, a menos que *se* convenga en que los mitos, prejuicios y generalizaciones infundadas merecen *ser* consideradas "conocimiento". Tomar cualquier cosa que proviene del sentido común como una base narrativa válida puede ser útil para construir una ficción plausible, pero es un método difícilmente confiable para crear narrativas judiciales. La credibilidad de esas narraciones recae en su referencia al conocimiento válido. Por supuesto, un relativista epistémico podría señalar que un conocimiento es válido sólo dentro de un determinado contexto cultural, pero la respuesta podría ser que, entonces, se trata de escoger el contexto cultural correcto. Si escogemos un contexto cultural en el que la brujería existe, es posible que luego nos encontremos lejos de la cultura occidental moderna, sobre todo si acabemos quemando brujas sobre la base de una decisión judicial.

El segundo aspecto relevante es que ese "stock" está lejos de ser un conjunto de conocimientos dados, bien ordenados y coherentes. Precisamente lo contrario: en ese "potaje" hay un número infinito de cosas

que se contradicen entre ellas. Proverbios, mitos, y otras, nunca forman un conjunto coherente. En la inmensa bodega del conocimiento popular, uno puede encontrar lo que uno quiera. Esto significa que, del mismo stock, pueden ser sacados diferentes materiales para la construcción de un número indeterminado de historias diferentes e incluso contradictorias sobre los mismos hechos. Mucha de la indeterminación del stock proviene de sus cambios frecuentes, profundos y más o menos veloces a lo largo del tiempo. Probablemente, poca gente comparte en la actualidad la creencia, que alguna vez fue común, sobre la forma plana de la Tierra o sobre la existencia y los hábitos de las brujas. Por suerte el estereotipo de los italianos comiendo sólo pasta y pizza mientras cantan y tocan la mandolina, está desapareciendo, al igual que el del chino bajo vendiendo corbatas en las calles. Incluso estereotipos que alguna vez fueron poderosos, como "Bush el Gran Comandante" o "Berlusconi el Gran Líder", están siendo rápidamente borrados del paisaje político. Por otro lado, nuevos ingredientes del potaje cultural están entrando: basta con pensar en la Internet, la comida china, los celulares y otros"'.⁰

El tercer aspecto significativo es que pensar, incluso por un solo momento, en *un* stock de conocimiento, es una abstracción absoluta. Desde siempre han existido muchas culturas diferentes y cada una tenía y todavía tiene su propio "stock" de conocimiento. Es cierto que en la "sociedad horizontal"⁰ operan fuerzas poderosas que crean capas de una cultura más bien uniforme, pero también es cierto que muchas sociedades modernas son multiétnicas y por lo tanto multiculturales. Las diferentes culturas están vivas en el mismo lugar y al mismo momento, y cada una de ellas tiene sus propios valores, las propias reglas, sus propios estereotipos, mitos y formas de conocimiento. En lugares como Londres o Nueva York, pero incluso en Manhattan o en muchas ciudades europeas, ningún sociólogo de la cultura serio, sería capaz de identificar y describir un stock específico de conocimiento, ni

identificaría sólo una cultura. En realidad, uno debería pensar en un "stock de stocks de conocimiento" para imaginar la inmensa riqueza y variedad de lo que la sociedad moderna "conoce'l'P".

4. Las partes y el todo

La conexión necesaria entre las partes (palabras, curaciones, párrafos) y el texto completo es un tema clásico de la teoría hermenéutica. El continuo pasaje dialéctico de las partes al texto completo y del texto completo a sus partes -el llamado círculo hermenéutico- es la dinámica fundamental de cualquier interpretación, como ha sido aclarado por Schleiermacher y más recientemente analizado en el clásico trabajo de Gadamer sobre *Wahrheit und Methodé*². Los principios generales de la hermenéutica pueden, obviamente, ser aplicados también a la interpretación de narrativas jurídicas y particularmente judiciales. En consecuencia, el sentido de una parte de una narración puede ser determinado sólo por referencia al texto completo del relato, y el sentido general de la narración puede ser interpretado sólo por referencia a todas sus partes. Usando nuevamente la metáfora del mosaico, uno podría decir que el significado de una sola pieza de vidrio está determinado por los colores y las posiciones de todas las piezas individuales de vidrio.

Con algunas adaptaciones menores, lo que se dice sobre la interpretación de un texto puede también ser referido a la escritura de un texto. Un escritor sabe que el sentido de las partes individuales de su escritura depende de todo el texto y que el sentido general del texto está determinado por sus partes'P'. Estos comentarios más bien de sentido común, pueden ser aplicados a las narrativas judiciales: la persona que crea una narración de los hechos pertinentes está juntando las diferentes partes de la historia dentro de un texto en que las piezas individuales

(enunciados relativos a hechos específicos, acciones y circunstancias) toman un significado que está determinado también por el contexto de la historia completa, la que a su vez es una combinación ordenada y coherente de enunciados específicos. Como se dijo arriba, una narración se construye sólo con el fin de "dar sentido" a una serie de fragmentos de discurso.

El tema de la " historia completa" es la base de la teoría *bolista* del *story-telling* que ha sido propuesta, en oposición a la aproximación analítica o atomista a los problemas de la prueba judicial, principalmente en el área de la psicología social y con referencia específica a la forma en que se supone que los jurados toman sus decisiones sobre los hechos del caso. Las investigaciones empíricas hechas principalmente por Bennett y Peldman¹⁰ y por Pennington y Hasrie¹¹ parecen sustentar la conclusión de que los jurados no se involucran en un análisis detallado de los hechos y de los elementos de prueba relativos a esos hechos, sino que típicamente recurren a relatos con el propósito de organizar los medios de prueba que son presentados en el juicio¹². Entonces, los jurados llegan a sus conclusiones sobre los hechos mediante una evaluación de la plausibilidad de las *stories* "completas" acerca de *los hechos*¹³ sin llevar a cabo ningún razonamiento analítico sobre los hechos específicos o los elementos particulares de prueba. En otras palabras, los jurados estadounidenses determinan la "verdad" de los hechos de que se trata "principalmente mediante la construcción y comparación de *stories* más que evaluando críticamente los argumentos desde la prueba"¹⁴. También se ha dicho que eso no sólo sucede, sino que es una buena y recomendable forma de tomar decisiones sobre los hechos¹⁵.

No vale la pena poner a prueba aquí el valor descriptivo de la teoría holista, que puede ser concebido¹⁶: bien puede ser que los jurados se comporten precisamente en la forma que la teoría holística afirma. Esto no significa, sin embargo, que dicha teoría merezca ser tomada

como un modelo descriptivo para la toma de decisiones sobre los hechos, y que pueda ser tomada como una suerte de teoría general del proceso de decisión judicial". Vale la pena hacer algunos comentarios adicionales desde ese punto de vista.

Por una parte, como se dijo arriba, las narraciones son necesarias e ineludibles como medios para poner hechos fragmentados y dispersos y piezas sueltas de prueba en un contexto ordenado y plausible. En una palabra, las *stories* son necesarias para interpretar la información disponible y para reconstruir la realidad a la cual se refieren. Entendida en este sentido débil, la teoría holista puede ser aceptada, pero no agrega nada relevante a la teoría actual sobre la toma de decisiones judiciales. Es obvio que el juzgador tiene que articular los hechos y la información aportada por los elementos de prueba en una serie de enunciados, de ser posible coherentes.

Sin embargo, la teoría holista es defendida por sus partidarios como un modelo en un sentido mucho más fuerte, de acuerdo al cual la decisión sobre los hechos *debe* ser concebida y tomada precisamente como una elección entre *stories* rivales tomadas "como un todo", es decir, dejando de lado cualquier examen atomista o analítico de los hechos y cualquier valoración individual de los elementos de prueba". En esta segunda versión, la teoría holista resulta altamente controvertible, especialmente cuando enfatiza que las *stories* son "imposibles de verificar en términos de la realidad de la situación" que representan, porque los jurados deciden solamente sobre la base de su plausibilidad y no de su veracidad. Una aproximación crítica a esta segunda versión, resulta incluso más justificada si se considera que la *story* puede incluir "hechos inventados o infundados" y sobre todo si, como se afirma, las funciones básicas de las *stories* consisten en *llenar los vacíos* dejados por la prueba incompleta o insuficiente acerca de los hechos relevantes. Algo similar es sostenido también por Neil MacCormick cuando dice que la coherencia narrativa

es útil para determinar la verdad o la probabilidad de un hecho cuando no hay disponible una prueba directa!".

Desde una perspectiva como esa, en definitiva, la "evidencia empírica y el análisis lógico tienen un papel secundario en la verificación del carácter completo y la coherencia"¹⁵⁰, y es difícil determinar el valor probatorio de los elementos de prueba"¹⁵¹. Aunque los peligros del *story-telling* en los contextos judiciales incluyen también otros factores negativos, como, por ejemplo, la apelación a prejuicios, estereotipos ocultos y el uso de un lenguaje indebidamente emocional y de analogías dudosas¹⁵⁰, vale la pena centrarse en los factores que pueden llevar a la construcción de narrativas que tengan poco o nada que ver con la realidad de los hechos del caso. Muchas *stories* pueden estar basadas en hechos irrelevantes¹⁵¹ o en hechos que son inventados por el *story-teller* sin ninguna base racional con sustento en los elementos de prueba, y pueden ser usadas para afirmar la existencia de hechos que no han sido probados, sólo a consecuencia del vacío que la falta de prueba produce en el curso de los sucesos narrados. Si se llenan vacíos por medio de la construcción de "toda:" una *story*, en realidad significa que los hechos no son verdaderos, porque no hay elementos de prueba que confirman su existencia; ellos son presentados como si fueran verdaderos, sólo porque calzan en el diseño total de la *story*. En una palabra, si un hecho que sería necesario para el orden y el desarrollo del relato "falta", porque hemos probado, entonces el *story-teller* simplemente lo toma del "stock de conocimiento" disponible y lo inserta en el lugar correcto dentro del diseño del mosaico. En consecuencia, el mosaico de la *story* parece coherente y completo, sin que importe cuantas "piezas" falsas han sido insertadas. Todo esto significa, básicamente, que no puede pretenderse que esas narraciones sean respetuosas de la verdad de los hechos en cuestión. Su posible coherencia holista no agrega nada a su falta de veracidad.

Si estos argumentos pueden dar lugar a una defensa o a una crítica del sistema de jurados, es algo que no puede ser discutido en esta sede. Sin embargo, cabe preguntarse si existen buenas razones para apoyar o recomendar un sistema en el que quienes juzgan los hechos, construyan y relatan historias que *a priori* no reflejan los "reales" hechos del caso. La teoría política de *story-telling* tiene la ventaja de iluminar estos aspectos de las narraciones, pero suscita el problema de considerar si la plausibilidad global de que una story puede y debe ser el único factor que determine su aceptación dentro del contexto de la coma de decisiones judiciales.

5. Buenas narraciones versus narraciones verdaderas

Como Susan Haack ha señalado recientemente, el mismo acontecimiento puede ser objeto de varias descripciones verdaderas?". En consecuencia, uno podría agregar, puede existir también un número (quizá mucho mayor) de descripciones falsas del mismo hecho. Se confirma así que el mismo suceso o conjunto de sucesos puede ser descrito de varias formas, y que algunas o muchas de ellas pueden ser verdaderas mientras algunas o muchas de ellas pueden ser falsas. Haack formula su comentario en términos epistemológicos generales, pero él resulta válido también de manera específica en el conrextio judicial: como hemos visto antes, ahí varios *story-tellers* trabajando los procedimientos judiciales y se supone que ellos cuentan historias diferentes sobre el mismo suceso o conjunto de sucesos. Pero el comentario de Haack también implica que, cuando hay varias descripciones diferentes del mismo suceso o conjunto de sucesos -no importando cuántas de estas descripciones haya- siempre tiene sentido preguntar cuál de ellas es verdadera, suponiendo, por cierto, que algunas de ellas pueda ser verdadera. Si esto tiene sentido desde una perspectiva epistemológica general, no hay razón para negarle sentido dentro del contexto judicial. En dicho contexto, sin embargo,

el concepto específico de verdad merece ser tomado en cuenta: un enunciado que describa un hecho es verdadero cuando y en la medida que haya sido racionalmente conformado por los elementos de prueba presentados al tribunal" ⁵³⁾.

La teoría, tanto general como judicial, del *story-telling*, no habla en cambio de narraciones verdaderas, sino sólo de *good storier*?" En realidad, la idea de una buena narración es oscura y ambigua, ya que hay una variedad de propósitos en relación a los cuales una narración puede ser buena"?. Sin embargo, los requerimientos de una buena narración judicial parecen relativamente fáciles de determinar: una narración judicial será buena cuando sea plausible, cuando sea coherente con el "stock de conocimiento" que es típico de la audiencia y por lo tanto sea "familiar" para ellas, cuando sea narrativamente coherente" ⁵⁶⁾, y -por lo tanto- cuando sea *persuasiva*⁵⁷⁾. Pero esta teoría -así como cualquier teoría de la verdad que se base en la coherencia del texto- se enfrenta a una objeción destructiva: las narraciones coherentes y persuasivas pueden ser completamente falsas"?. Basta con pensar en un testimonio que puede ser narrativamente coherente, pero falso, o también en una decisión judicial que puede también justificada en forma consciente, pero que no corresponde a las pruebas y por lo tanto la realidad de los hechos, para encontrar ejemplos fáciles y claros de la distinción básica entre coherencia, consistencia o persuasiva y verdad.

Por lo tanto, hay dos distinciones que debemos tornar en cuenta: la distinción entre narraciones no verdaderas ni falsas y la distinción entre buenas y malas narraciones. Las dos parejas no son equivalentes: ellas pueden, en cambio, ser condenadas, de modo que se obtiene un conjunto de cuatro situaciones diferentes. Para desarrollar esa combinación podemos estipular que una narración es verdadera cuando todas las aserciones relativas a hechos son verdaderas (es decir,

correspondientes a la realidad de los hechos involucrados, sobre la base de los elementos de prueba disponibles), mientras que es falsa cuando al menos una de esas aserciones no está probada y por lo tanto no corresponde a la realidad de los sucesos descritos: "falsas" significa entonces total o parcialmente falsa.

a) Primera situación: puede tratarse de una buena narración, pero falsa. La novela de Grisham, al igual que miles de novelas bien escritas, son ejemplo de este tipo de relatos: son buenas desde el punto de vista narrativo, pero -al pertenecer al dominio de la fantasía y la ficción- ni siquiera pretenden ser verdaderas. Por definición una novela -principalmente si es tomada holísticamente- es descriptivamente falsa, incluso cuando -como ocurre en el ejemplo de Grisham discutido más arriba- ella incluye a algunas, o incluso muchas, aserciones que puedan ser identificadas como descriptivamente verdaderas.

b) Segunda situación: un mal relato puede además ser falso. Este es, desafortunadamente, el caso de muchas novelas mal escritas: pretenden narrar una historia, pero carecen de los elementos de una buena narrativa. En cualquier caso, como éstas narraciones son novelas, no pretenden ser verdaderas, incluso cuando puedan incluir algunas afirmaciones verdaderas.

c) Tercera situación: puede tratarse de una buena narrativa que además es verdadera. Este es el caso, por ejemplo, de algunos relatos históricos que están escritos en una forma coherente, consistente, plausible y persuasiva, pero que a la vez son descriptivamente verdaderos, ya que representan fielmente el suceso o el conjunto de sucesos a los que se refieren. Este también puede ser el caso de las narraciones judiciales, cuando están bien construidas desde el punto de vista narrativo y al mismo tiempo están bien fundadas en las pruebas disponibles y por lo tanto corresponden a la realidad de los hechos en cuestión.

d) Cuarta situación: puede tratarse de una mala narración, que sin embargo es verdadera" 5))_ Este es el caso de un relato histórico mal escrito, por ejemplo, porque no entrega una descripción completa de un conjunto o una cadena de sucesos, o porque narra circunstancias incoherentes e incluso contradictorias, pero que es descriptivamente verdadera porque refleja la realidad de las circunstancias de que se trata, en la medida que dichas circunstancias aparecen confirmadas por fuentes fidedignas de evidencia. Este puede ser también el caso de las narraciones judiciales: ellas pueden carecer de algunos aspectos de los "buenos" relatos, por ejemplo, porque las pruebas presentadas no entregan base suficiente para una reconstrucción completa, coherente y consistente del conjunto o cadena de sucesos relevantes, y sólo permite confirmar algunos hechos aislados (o ningún hecho en absoluto). Sin embargo, esas "malas" narraciones pueden ser verdaderas, en la medida que se base en elementos de prueba que tengan relación con los hechos en cuestión.

La relevancia y las funciones de estas cuatro clases de narraciones son obviamente diferentes, dependiendo del tipo de contexto en que se produzcan y se usen. Por ejemplo, las narrativas de los tipos a) y b) son relevantes en el contexto de un concurso literario: si lo que está en juego es ganar el premio para la mejor novela policial del año, o algo por el estilo, la falsedad de la narración no es significativa, y la calidad narrativa de la historia es el único parámetro decisivo para la selección. En dicho contexto, una narrativa del tipo e) puede ser relevante, pero no porque es verdadera: simplemente porque está narrativamente bien escrita. En una competencia literaria la verdad de la historia no es relevante en absoluto: incluso podría ser contraproducente, si la demostración de veracidad de la historia requiere, por ejemplo, demasiadas referencias a las pruebas que confirman que la historia es verdadera. En ese mismo concurso, por supuesto, las narrativas del tipo d) van a ser dejadas de lado

inmediatamente: una historia mal contada es definitivamente defectuosas y no podría nunca ganar ningún premio, a pesar de su veracidad.

La situación puede ser diferente si el problema consiste en evaluar la calidad de un relato histórico, porque, en ese caso, la verdad de la historia se transforma en uno de los parámetros relevantes para juzgar: por lo tanto, las narrativas del tipo e) serían las mejores, pero también las narrativas del tipo d) aunque sean defectuosas desde el punto de vista literario, pueden ser apreciadas, en la medida en que sean verdaderas.

En cuanto al contexto judicial, parece que las narrativas del tipo a) son importantes, especialmente para los/as abogados/as. Como dijo Riva, un abogado no tienen la obligación de decir la verdad o ayudar a su búsqueda?" y su historia tiene que ser sólo útil para ganar el caso. Entonces, una historia narrativamente buena puede ser muy útil, aunque sea descriptivamente falsa, sobre todo si su propósito final es persuadir a un juez (o un *trier offoct*) "holista", de quien no se espera que esté dedicado a establecer la verdad sobre los hechos en cuestión. También para este tipo de juzgador las narrativas del tipo a) son significativas, y por la misma razón: para ese juzgador una narración tiene que ser buena desde el punto de vista narrativo con el fin de ser persuasiva, y con el fin de ser aceptada como una reconstrucción adecuada de los hechos. Si la narración es o no realmente verdadera a la luz de las pruebas, es algo que no importa; una buena narración, aunque falsa, bien puede ser la base de una sentencia {o veredicto) holista.

Si, por el contrario, nos imaginamos que quien juzga los hechos está interesado en tomar una decisión ajustada a la realidad del caso, y envasar sus descubrimientos en una valoración racional de las pruebas presentadas en juicio, entonces el tipo de narrativa óptima es claramente la de tipo e). Un relato que corresponda descriptivamente a la realidad de los hechos según se desprende de las pruebas, y que también sea

aarrativamente coherente, consistente, completo y plausible, es el mejor **tipo** de narración que puede ser construido por un juez.

En dicha situación, ¿qué pasa con la narración del tipo d)? *Prima facie*, uno podría decir que para un abogado no es interesante: la historia puede ser verdadera, pero sí es narrativamente mala puede no ser útil para ganar la causa. Un abogado usaría un relato verdadero, pero narrativamente malo, sólo como un desesperado último recurso. Si nos situamos en cambio en el punto de vista de quien juzga los hechos, ese tipo de narración merece un mayor análisis.

Asumamos que los hechos materiales en los que se basa una demanda de indemnización de perjuicios, son descritos por estos enunciados:

- 1) Al momento M, en el lugar de L, el sujeto A realizó la acción X.
- 2) La acción X hirió al sujeto B.
- 3) El sujeto B fue herido de tal y tal manera.

Si las pruebas aportadas en juicio han permitido establecer que las afirmaciones 1), 2) y 3) son verdaderas, estas afirmaciones pueden ser ordenadas para formar una narrativa coherente, consistente, plausible y posiblemente completa en la secuencia de hechos. Entonces, tendremos una narración del tipo e): buena y verdadera. Pero si los elementos de prueba no confirman suficientemente -por ejemplo- el enunciado 2), entonces surge un problema. ¿Qué tipo de historia puede ser relatada en esa situación? Un partidario de la teoría holista sugeriría que quien juzga los hechos tiene ese vacío dejado por la falta de pruebas de la aserción 2), haciendo referencia a cualquier conocimiento de sentido común de acuerdo al cual en situaciones similares "normalmente" existe una conexión causal entre los hechos del tipo descrito en la afirmación 1) y los hechos descritos en la afirmación 3). En consecuencia, dicho

juzgador podría construir una buena narración -coherente, plausible, consistente y completa- de los hechos. Sin embargo, esa narración va a ser del tipo b) descrito arriba, ya que podría ser falsa con referencia a la afirmación 2): en realidad, nadie sabe si realmente hirió a B, y por lo tanto una aserción en ese sentido no puede ser tomada como verdadera sobre la base de las pruebas disponibles. Una situación más clara aún puede ocurrir si hay pruebas que muestran que la acción X *no* hirió a B. Incluso en esa situación el juzgador holista puede construir el mismo relato, simplemente no considerando la evidencia que está en contra de una narración de los hechos buena, completa y "normal".

Un partidario de la aproximación analítica o atomista diría en cambio que si la afirmación 2) no resulta aprobada, falta una parte importante *de* la historia hipotética, porque no se puede establecer una relación causal entre los enunciados 1) y 3). En consecuencia, un juzgador "analítico" no podría construir una narración completa y consistente de la situación involucrada: simplemente podría decir que, sobre la base de las pruebas disponibles, es verdad que A realizó la acción X y que B fue herido, pero que no existe una relación causal entre ambos eventos. Una conclusión de este tipo resultaría incluso mejor fundada si las pruebas permitieran establecer que el enunciado 2) no es verdadero. Desde el punto de vista narrativo, se trataría de un mal relato: fragmentado, incoherente e incompleto. Sin embargo, esa narración sería verdadera, porque reflejaría fielmente el resultado probatorio. Sería, por lo tanto, una narración del tipo d) descrito anteriormente. La diferencia obvia entre los dos tipos de historias que pueden ser relatadas en la misma situación, reside en que el juzgador holista construiría una narración del tipo b) y concluiría que A es responsable por las lesiones sufridas por B, mientras que un juzgador analítico concluiría, sobre la base de una narración del tipo d), que A no es responsable de esas lesiones.

Este análisis esquemático de las principales situaciones que típicamente pueden ocurrir en los contextos judiciales muestra que las buenas narraciones pueden ser falsas y que las narraciones verdaderas pueden ser sin embargo malas narraciones. No es fácil establecer sí, en la práctica, y en todos los sistemas procesales, las buenas narraciones desplazan a las narraciones verdaderas, como dice Twining¹⁰⁶².". Probablemente tienden a preferirse las buenas narraciones, incluso si son falsas, más que las narraciones verdaderas, especialmente cuando los relatos verdaderos son narrativamente defectuosos. Sin embargo, esta preferencia puede variar, dependiendo del tipo de juzgador (jurado, un juez profesional), y ciertamente dependiendo del tipo de contexto en que la *story* judicial sea relatada. Un reportero puede preferir un buen relato sin preocuparse mucho acerca de su veracidad, mientras que un juez puede preferir el relato verdadero, incluso si es narrativamente pobre. En todo caso, el problema que nos preocupa refiere al tipo de narración que debe ser preferido como fundamento para una decisión judicial. Si compartimos el supuesto que hay una diferencia entre un proceso judicial y un concurso literario, podemos inclinarnos a creer que sólo las narraciones verdaderas entregan una reconstrucción precisa de los hechos en cuestión. Las buenas narraciones que incluyen enunciados falsos o infundados llevarían probablemente a una decisión defectuosa, imprecisa y no confiable. Esta es la razón principal que explica por qué sostener que "el razonamiento narrativo, aunque necesario, es inherentemente defectuoso"¹⁰⁶² puede ser quizás un poco radical, pero apunta sustancialmente en una dirección correcta, al menos cuando se refiere a las aproximaciones narrativas más extremas al problema de la decisión judicial acerca de los hechos. Sin embargo, incluso tomando en consideración sólo las narraciones verdaderas, hay al menos un sentido en el que los aspectos narrativos de un relato pueden ser relevantes. Imagínense que los hechos materiales del caso H 1, H 2, H 3 ... H N estuvieran probados de acuerdo a los estándares probatorios

usuales. Entonces, cualquier historia en relación con H1... H N sería analíticamente verdadera. Siguiendo nuevamente a Susan Haack⁴⁶³, varias historias verdaderas pueden ser narradas acerca de tales hechos: algunas de ellas pueden ser buenas y otras pueden ser narrativamente defectuosas, dependiendo de cómo se combinan los hechos en un conjunto más o menos coherente de sucesos. En dicha situación, un relato narrativamente bueno debe ser preferido a uno defectuoso, ya que el primero entrega una reconstrucción más coherente y plausible de los hechos en cuestión. Éste relato pertenecería al tipo e) descrito arriba. Usando nuevamente la metáfora del mosaico: si tenemos algunas piezas de vidrio de colores, y todas esas piezas son de buena calidad, podemos ensamblarlas de distintas maneras. En algunos casos, el diseño general va a tener sentido, mientras que en otros casos {como ocurriría si lanzamos las piezas al azar} no lo tendría; más aún, un diseño con sentido puede ser preferible a otros diseños con sentido. Teniendo que elegir un diseño entre todos los posibles, es razonable escoger el que combina las piezas en el diseño más bonito. En forma similar, teniendo que elegir entre diferentes relatos, cada uno de ellos compuesto de aserciones verdaderas acerca de los hechos, incluso un juzgador "analítico" escogería racionalmente la comparativamente "mejor" narración de los hechos en cuestión". En una palabra: los aspectos narrativos de una historia no son suficientes, por sí mismos, para determinar la preferencia por esa historia; sin embargo, esos aspectos pueden ser considerados como parámetros de preferencia entre los varios relatos verdaderos que narran los mismos hechos.

Bibliografía

Amsterdam-Bruner, *Minding the Law*, Cambridge, Mass.-London, 2002.
=Laws Stories. Narratives and Rhetoric in the Law, New Haven-London, 1996.

Bruner, *Making Stories. Law, Literature, Life*, Cambridge, Mass.-London, 2002.

Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, 2002.

Friedman, *The horizontal Society*, New Haven-London, 1999.

Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1972.

Goldman, *Knowledge in a Social World*, Oxford, 1999. -Reference Manual on Scientific Evidence, Federal Judicial Center, 2000.

Schauer, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass.-London, 2003.

Searle, *Mind, language and society*, New York, 1999.

Taruffo, *La prueba de los hechos*, tr.sp. Madrid, 2002.

'faniffu, *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, tr.~p. Bogotá, 2006.

Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2ed., Cambridge, 2006.

Citas

Ver Borges, *Siete Noches*, Buenos Aires, 2005, p. 16

Ver Shopenhauer, *Die Welt als Wille and Vorstellung*, Zürich, 1988, Band I, 52, p. 338.

En su Quinta noche, refiriéndose a la poesía, Borges dice que es un error creer que la prosa está más cercana a la realidad que la poesía: ibídem, p. 116

- ⁴ De hecho, la realidad -aunque misteriosa- es mucho más simple que su descripción literaria: ver Borges, ibídem, pp. 114, 117.

Ver, por ejemplo, *Laws Stories, Narrarion and Rhetoric in the Law*, ed. by P. Brooks & P. Gewirtz, New Haven- London, 1996.

- ⁶ Ver principalmente Twining, *Rethinking Evidence, Exploratory* Seáis, 2nd ed., Cambridge a. o., 2006, pp. 280, 286, 332. Ver también Burns, *Fallacies on Fallacies: Reply*, en 3 Int' l Comment. On evidence 2005, are. 4, 1, para mayores referencias. El ejemplo más interesante de esta perspectiva es probablemente Jackson, *Law, Fact and Narrarive Coherente*, Merseyside, 1988.

Para una postura similar, ver Twining, supra n. 6 at 291.

Acerca de la "muerte de los Grandes Relatos" en la filosofía postmoderna, ver, por ejemplo, Lirowitz, *Postmodern Philosophy and Law*, Lawrence, Kansas, 1997, p. 10.

Respecto de este tema ver, por ejemplo. Minda, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudente ar che Century's End*, New York-London, 1995, pp, 161, 164.

- ¹⁰ Ver el complejo análisis desarrollado por Burrow, *The Crisis of the Reason, European Thought, 1848- 1914*, New Haven- London, 2000.

- ^{ti} Para un extenso análisis, critico del pensamiento de Baudrillard ver Norris, *Whar's Wrong with Posnnidernism. Critical Theory and the End of Philosophy*, Baltimore, 1990, p. 164

- ¹² Para una breve descripción del movimiento, ver Minda, supra n. 9, p. 164
Ver infra, & 2.2.

- ⁱ⁴ Ver Twining, supra, n.6 pp. 283, 336, 445.

- ¹⁵ Ver especialmente Bruner, *Making Stories, Law, Literature, Life*, Cambridge, Mass, London, 2002, 9, p. 25.
- ¹⁶ Ver Borutti, *Filosofía dei sensi, estetica del pensiero tra filosofia, arte e letteratura*, Milano, 2006, p. 31.
- ¹⁷ Ver Burns, *ihidem*.
- ¹⁸ Ver Borutti, *idem*.
- ¹⁹ Como veremos después, sin embargo, la relación de las partes con el todo no está exenta de problemas: ver *infra*, & 4.
- ²⁰ Ver Bruner, *supra* n. 15, p. 43.
- ²¹ Ver Menashe- asmas, *The Narrative Fallacy*, en 3 *Int'l Comment, On Evidence* 2005, art. 3,8.
- ²² Ver Bruner, *supra* n. 15, p. 23.
- Ver Twining, *supra* n. 6, p. 318.
- ²¹ Acerca del concepto epistémico de verosimilitud y su relación con el concepto de verdad ver principalmente Niñiluoco, *Truthlikeness*, Dordrecht a. o 1987. La idea de verosimilitud de una aserción sobre un hecho como correspondencia de esa afirmación con lo que normalmente sucede está desarrollada en Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, p. 158. Respecto de la ambigüedad de lo "normal", ver Hacking, *The Taming of Chance*, Cambridge, 2004, p. 161.
- Ver Twining, *supra* n. 6 pp. 283, 293, 337. Respecto de la relación verdad/falsedad y la calidad narrativa de las historias, ver también *infra*, & 5
- ²⁶ Ver Gewirtz, en *Law's Stories*, *supra* n. 5, p. 5.
- ²⁷ Ver Prandi, *Metafore e verità*, en *Confini della filosofia. Verirde conoscenza nella filosofia contemporanea*, a cura di S. Borutti e F. Papi, Como - Pavía, 1994, p. 165.
- Ver, por ejemplo, Twining, *supra* n. 6, pp. 290, 296.

- ²⁹ Verlwinning, *supra*. N. 6, p. 536
- ³⁰ Ver e. g. Tillers, en Wigmore, *A Treatise on the Anglo- American Syscem of Evidence in Trials ar Common Law*; vol. 1, rev. 3rd. „, Boston - Toronto 1983, 2, noca al pie 2; Weiner, "The Civil Jury 'Trial and che Law- Fsr Distinction ", en 54 Cal. L. Rev 1966; 1867; Id.; "The Civil Non- JuryTrial and che Law- FACE Distinction", ídem, 55, 1968, 1020. respecto de la regla tradicional "ad queastiomen facti non respondenr judices, ad quaestionern juris non rerspondent juradores", ver Thayer, *A Preliminary Treatíse on Evidence ar the Common Law*, Boston , 1898 (reír. New York 1968), p 183.
- ³¹ Ver, por ejemplo, Many, la distincion du fair et du droit, *Essay sur le pouvoir de controle de laCcour de Cassacion sur les juges du fair*, París, 1929. Ver también los ensayos de Forlers, AScarelli, Rivero, Buch y Roland en el libro *Le fair et le droít. Etudes de logique juridique* , Bruxelles, 1961, pp. 51, 113, 149, 175.
- Ver Twining, *supran.* 6; ppo. 14, 417.
- ⁿ En otro lugar desarrolló el argumento en que se basa esta afirmación: ver Taruffo, *supra*. N. 24, pp. 67, 71.
- Ese supuesto se basa en un conjunto de condiciones filosoficas, epistémicos e incluso éticas que no pueden ser discutidas aquí y que serán analizadas en otra parre. En términos generales, ver Goldman, *Knowledge in a Social World*, Oxford, 1999, pp. 3, 41, 69.
- ³ⁱ Respecto de esta característica de las afirmaciones de hecho, ver también *infra* & 5.
- Respecto de algunos de estos temas, ver Taruffo, *supra* n. 24, pp. 67, 71.
- Esca conexión es conocida y ampliamente analizada por la teoría jurídica continental. Será imposible dar referencia adecuadas aquí. Sin embargo, ver al menos los textos clásicos en el tema: Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2. Aufl; Heidelberg, 1960, pp. 19, 37, 83. ver también, para más referencias, Taruffo, *supra* n .24, p.74.

- ³⁸ La referencia lógica es el estándar básico para la decisión sobre si admitir o excluir un elemento de prueba, sobre la base de principio frustra probatur quod probarum non relevar. Sobre este principio general y para mayores referencias, ver Taruffo, *supra* n. 24, p. 338; Id, *Studi sullarilevanza Della prova*, Padova, 1970. El principio es reconocido en todos los sistemas procesales y contenido en un conjunto de normas específicas. Ver, por ejemplo la Regla 41 O de las Federal Rules of Evidence estadounidenses
- ³⁹ De hecho, la "complejidad fáctica" es uno de los principales elementos de un litigio complejo, como sucede en el caso de responsabilidad masiva y acciones de clase: ver *Manual for Complex Litigation*, Fourth, Federal Judicial Center 2004, pp. 242, 341.
- ⁴⁰ Para un análisis más amplio de la causalidad, ver Taruffo, "La prova del nexo causale". En *Riv. Cric Dir. Priv.*, 2006, p. 101.
- ⁴¹ En otro lugar discuto el problema relativo a esa peculiar clase de hechos: ver Taruffo, *supra*, n. 24, p. 121.
- Una afirmación similar el Jackson, *supra* n. 6, p. 85.
- ⁴³ Ver Twining, *supra* n. 6, 130, 132. ver también a Gewirtz, *supra* n. 26, p. 8.
- Ver Bruner, *supra* n. 15, p. 23.
- ⁴⁵ Ver Bruner, *supra* n. 15, p. 43; Gewirtz, *supra* n. 26, p. 7; Burns, *supra* n. 6, p. 2.
- ⁴⁶ Ver Amsterdam - Bruner, *Minding the Law*, Cambridge, Mass.- London, 2002, p. 173
- ⁴⁷ Ver Twining, *supra* n. 6, p. 24.
- Id., *supra* n. 6, p. 288. En el mismo sentido ver Gewirtz, *supra* n. 26, p. 5.
- Id., *supra* n. 6, pp. 289, 290, 297, 305.
- ⁵⁰ Ver e.g. Gewirtz, *supra*, n. 26, p. 9; Dershowitz, "Life is Not a Dramatic Narrative", en *Law's Stories*, *supra* n. 5, p. 99. Acerca del bajo nivel de veracidad de las historias de los/as abogados/as ver también Coloma

Correa, "Vamos a contar mentiras iralará ... O de límites a los dichos de los abogados", en *Rev. de Derecho*, Universidad Austral de Chile, XL'6, n. 2, 2006, p. 41.

⁵¹ La pregunta es hecha e.g. por Gewirtz, *supra* n. 26, p. 9.

Ver Hazard-Dondí, *Legal Ethics. A Comparative Study*, Staníord, 2004, p. 114 y nota al pie. 2, p. 327. Las "calificaciones" de la supuesta obligación de verdad del abogado en casos civiles no son especificadas.

⁵³ Ver Hazard-Dondí, *supra* n. 52, p. 114.

⁵¹ Ver Ámsterdam-Bruner, *supra* n. 46, p. 174.

Para referencias sobre las modificaciones a la Regla 11 y breves comentarios, ver *Federal Rules of Civil Procedure. Abridged Edition as Attended to May 13, 2005*, p. 50.

⁵⁶ Ver Hazard-Dondí, *supra* n. 52, p. 234.

⁵⁷ Ver Millar, *Contemp of Coure*, Oxford 2000, p. 630.

Ver Murria-Sturner, *German Cloil justice*, Dírhamn, NC, 2004, p. 159.,

⁵⁹ Ver Hazard-Dondí, *supra* n. 52, p. 237.

⁶⁰ Ver, por ejemplo, Gewirtz, *supra* n. 2~, 6: Twining, *supra* n. 6., p. 295.

⁶¹ Ver, por ejemplo, § 130n. 3 del *Zivilprozessordnung* alemán; arts. 6 y 62 del *Code de procedure ciuile* francés; art. 399 n. 3 de la Ley de enjuiciamiento civil española, y art. 163 n. 4. del *Codice di procedura civile* italiano.

⁶² Sobre este muy conocido aspecto del procedimiento federal estadounidense ver. e.g. [ames-Hazard-Leubsdorf *Civil Procedure*, -ith ed., Bosron-Toronro-London, 1992, p. 145; Friedenthal-Kanc-Miller; *Civil Procedure*, St. Paul, Minn., 1985, p. 252.

Sobre la función ilocucionaria de los actos del habla ver Searle, *Mind, language and sociery, Philosophy in the real World*, New York 1999, pp. 137, 140, 148; Id., *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1980, pp. 23, 29, 65.

Ver Ámsterdam-Bruner, *supra* n. 46, pp. 174, 175.

- ⁶⁵ Sobre el concepto de objetivo ilocucionario directivo *illocutionary directive point*, ver Searle, *Mind*; *supra* n. 63, p. 148.

El tópico de la carga de la evidencia no puede ser discutido adecuadamente aquí. Ver en general, Gaskins, *Burden of Proof In Modern Discourse*. New Haven -London, 1992. El problema es particularmente complejo porque en muchos casos la ley o el tribunal cambian la carga de probar un hecho desde la parte que originalmente lo alegó a la otra parte. Ver, por ejemplo, Gaskins, *idem*, p. 103; Conway-Jones. "Factual Causation in Toxic Tort Litigation: A philosophical View of Proof and Certainty in Uncertain Disciplines". En *35 Un Richm L.Rev.* 2002, p. 875: "Allocating the Burden of Proof.", en *72 Ind. L. J.* 1997, "Discrimination Cases", en *88 Mass. L. Rev.* 2003, p. 48. Para un análisis crítico de esta práctica muy común ver García Grande, "Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas", en la *Ley 11.05.05*, l.

- ⁶⁷ Ver Gewits, *supra* n. 26, p. 7, Burns, *supra* n. 6, p. 2.

- ⁶⁸ Ver Taruffo, "Potere probatorio delle parti e del giudice in Europa", en *La prova nel processo civile*, Milano, 2007, p. 53.

Ver Wigmore, *supra* n. 30, vol. V, rev. 3rd., Boston-Toronto 1974, p. 32.

- ⁷⁰ Ver, por ejemplo, Freedman, "Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer. The Three Hardest Questions", en *64 Mich. L. Rev.* 1966, p. 1474: donde se dice que el buen abogado usará la contrainterrogación con el propósito de "destruir" al testigo adverso, especialmente cuando el abogado sabe que el testigo ha dicho la verdad. Ver también Ehrlich, *The Lost Art of Cross-Examination*, New York, 1970, p. 18; Appleman, *Cross-Examination*, Fairfax, Virg., 1965, p. 6.

- ⁷¹ En otro lugar yo desarrollé el tema del desapego del juez en contraste con el involucramiento del abogado en el contexto de la prueba. Ver Taruffo, "Involvement and Detachment in the Presentation of Evidence", en *The Eye of Justice*, ed. By R. Kevelson, New York, a. o., 1993, p. 267.

- Ver por ejemplo, Ferrer Beltrán, *Prueba y Verdad en el Derecho*, Madrid-Barcelona, 2002, p. 61; Coloma Correa, *supra* n. 24, pp. 35, 50, 143.
- 73 Ver *infra*, 4.
- 74 Ver Ámsterdam-Bruner, *supra* n 46, p. 111.
- 75 Ver Ámscerdam-Bruner, *supra* n 46, p. 135
- 76 *Ibidem*, p. 19.
- 77 Ver Ámsterdam-Bruner, *supra* n 46, 2 p. 8.
- 78 Ver Ámsterdam-Bruner, *supra* n 46, p. 37.
- 79 Ver Ámsrerdarn-Bruner, *supra* n 46, p. 27.
- 80 Para tal análisis ver principalmente Ámsterdam-Bruner, *supra* n 46, p. 19. Ver también los ejemplos ampliamente analizados *ibidem*, at 55.
- 81 Ver por ejemplo, el trabajo clásico de Hart y Honoré, *Causation in Lato*, Oxford, 1959, y Scella, *Leggi scientifiche e spiegazione causa/e nel diritto pena/e*, Milano, 1990.
- Ver jonson-Laird, "Causation, Mental Models and che law", en 65 *Brookl. L. Rev.*, 1999, p. 67.
- 63 Ver Winter, *A Clearing in the Forest; Lato, Life and Mind*; Chicago-London, 2001, pp. 88, 93, 105.
- Sobre el concepto de causalidad específica o individual ver e. g. Taruffò, *supra* n.40, p. 107; Stella, *Giustizia e moderniza. La protezione dellinnocenre e la tutela delle uittime*, 111 ed., Milano, 2003, p. 339; Green-Freeman-Gordis, *Reference Guide on Epidemiology*, en *Reference Manual on Scientific Euidence*, Federal judicial Cerner, 2000, p. 381.
- Sobre el conceptode casualidad general, ver Taruffo, *ibidem*; Srella, *supra* n. 84, p. 291; Gren-Freman-Gordis, *supra* n. 84, pp. 374, 383.
- 86 Sobre el concepto de mera conexión, ver Kaye-Freeman, "Reference Guide on Sraristics", en *ReferenceManual*; *supra* n. 84, p. 91; Fubinfeld,

Referente Guide on Multiple Regresion, ibídem, pp. 183, 185; Green-Freeman-Gordis, *supra* n. 84, p. 336.

⁸⁷ Ver Twining, *supra* n. 6, pp. 312, 335, 336.

⁸⁸ Discuto más ampliamente este tema en otra parte: ver Taruffo, *supra* n. 24, p. 105: Id., "Value Judgments in the judgment of Fact", en *Archivum Juridicum Cracoviense*, XVI, 1985, p. 45. Ver también Wróblewski, *Facts in Law*, en Id., *Meaning and Truth in judicial Decision*, 2nd ed., Helsinki 1983, p. 108.

⁸⁹ Una velocidad de 20 millas por hora puede ser considerada excesiva por alguien, bajo circunstancias determinadas, incluso cuando el límite es de 65 millas por hora.

⁹⁰ Ver Hacking, *The Social Construction of What?*, Cambridge, Mass > London, 1999.

⁹¹ Para una discusión crítica de las teorías que señalan que los hechos son solamente construcciones sociales, ver Hacking, *ibídem*, 23, p. 80.

⁹² En general, sobre la distinción entre hechos "brutos" e "institucionales" ver Searle, *La costruzione Della realtà sociale*, ir, tr, Milano, 1996, 36; MacConrnick-Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1986. Para una teoría general de los hechos institucionales, ver nuevamente Searle, *ibídem*, p. 130.

⁹³ Sobre la precedencia lógica de los "hechos brutos" ver Searle, *st, pra* n. 92, pp. 67, 138.

Ver Searle, *supra* n. 92, pp. 38, 41, 47, 93.

⁹⁵ Para esta definición, ver Jackson, *supra* n. 6, p. 59.

Ver Twining, *supra* n. 6, pp. 310, 335, 338, 443.

⁹⁷ Discuto estas nociones en otra parte. Ver Taruffo, "Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice", en Id., *Sui confini, Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 121.

⁹⁸ Ver Twining, *supra* n. 6, p. 338.

Ver Twining, *ibídem*.

¹⁰⁰ Ver Schauer, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass-London 2003, p. 15.

¹⁰¹ Ver Menashe-Shamash, *supra* n. 21, p. 11.

¹¹² Para esa definición ver Ámsrerdam-Bruner, *supra* n. 46, p. 121. Ver también Menashe-Sharnash, *supra* n. 21, p. 13.

¹¹³ Ver Ámsrerdam-Bruner, *ibídem*.

¹¹⁴ Ver principalmente Hacking, *supra* n. 24, pp. 160, 163.

¹⁰⁵ Los dos ingredientes pueden ser discutidos juntos porque pueden ser considerados como las dos caras de un mismo fenómeno: en realidad, la actividad llamada "*profiling*" puede terminar en producir perfiles y estereotipos. Acerca de estos temas ver principalmente Schauer, *supra* n. 100, pp. 138, 155.

Ver Schauer, *supra* n. 100, p. 191.

¹⁰⁷ Ver Schauer, *supra* n. 100, p. 167.

Ver Schauer, *supra* n. 100, p. 181.

¹⁰⁹ Ver Schauer, *supra* n. 100, p. 76.

¹¹⁰ Ver Schauer, *supra* n. 100, pp. 22, 138, 144, 151.

¹¹¹ Ver Schauer, *supra* n. 100, p. 199.

¹¹² Ver Menashe-Shamash, *supra* n. 21, pp. 17, 19, 20, 27.

^{us} Ver Schauer, *supra* n. 100, p. 17.

¹¹¹ Ver Schum, *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, Evanston, IL., 1994. pp. 82, 109.

¹¹⁵ Sobre estas distinciones ver, por ejemplo, Shauer, n. 100, pp. 7, 132.

¹¹⁶ Ver Schauer, *supra* n. 100, p. 7.

¹¹⁷ Ver Schauer, *supra* n. 100, p. 9.

- 118 Sobre el concepto de generalizaciones espurias, ver Schauer, *supra* n. 100, p. 11.
- 119 Ver Twiníng, *supra* n. 6, p. 335.
- 120 Ver Stein, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, p. 16.
- 121 He discutido la razón de esa debilidad teológica en otra parte: ver Taruffo, *supra* n. 97, p. 140; Id., *supra* n. 24, p. 397.
- 122 Ver van Zandt, "An Alternative Theory of Practical Reason in Judicial Decisions", en 65 *Tul L. &v.*, 1991, p. 795; Taruffo, *supra* n. 97, p. 132.
- 123 El uso de la evidencia estadística y de probabilidades es un tema amplio y complejo que no puede ser discutido aquí. Ver, por ejemplo, Schum, *supra* n. 114; Faigman-Kaye-Saks-Sanders, *Modern Scientific Evidence. The Law and Science of Expert Testimony*, 2nd ed., Sr. Paul, Minn. 2002, vol. 2: *Manual of Complex Litigation*, *supra* n. 39, pp. 341, 435; *Reference Manual on Scientific Evidence*, *supra* n. 84, pp. 183, 333; *Probability and Interference in the Law of Evidence, The Uses and Limits of Bayesianism*. Ed. por P. Tillers y E. D. Grenn, Dordrecht a.o. 1988; Frosini, *Le prove statistiche nel processo penale e nel processo civile*, Milano, 2002; Taruffo, *supra* n. 24, pp. 166, 196.
- 124 Ver Nisbett-Ross, *human Inference. Strategies and Shortcomings of Social Judgment*, Englewood Cliffs, NJ, 1980.
- 125 Ver, por ejemplo, Koch-Rüßmann, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, 1982, pp. 285, 308, 332.
- 126 Ver Twiníng, *supra* n. 6, p. 334.
- 127 Ver, por ejemplo, los casos cuidadosamente analizados por Hoffer, *The Salem Witchcraft Trials. A Legal History*, Lawrence, KA, 1997, y por Merlo, *Streghe*, Bologna, 2006.
- 128 Ver Wagenaar-van Koppen-Crombag, *Anchored Narratives The Psychology of Criminal Evidence*, Harvester, 1993, pp. 61, 73, 237.

- ¹²⁹ En general, sobre este fenómeno, ver Friedman, *The Horizontal Society*, New Haven-London, 1999.
- ¹³⁰ Ver nuevamente Friedman, *ibidem*.
- ¹³¹ Para un comentario similar, ver Twining, *supra* n. 6, p. 444.
- ¹³¹ Ver Gadamer, *Wahreit und Aléthode*, Tübingen, 1972, pp. 188, 194, 296.
- ¹³³ En cualquier caso, la voluntad del autor y su interpretación del texto es irrelevante para el sentido del texto, que es determinado solo por la interpretación. El autor no es un intérprete privilegiado y su interpretación no es normativa. Ver Gadamer, *supra* n. 132, p. 196.
- ^{Li4} Ver Benner-Feldman, *Recomtructing Reality in the Courtroom*, New Brunswick, 1981. Ver también Jackson, *supra* n. 6, p. 61.
- ¹³⁵ Ver Penningron-Hastie, "A Cognitive Theory of Juror Decision Making: the Story Model", en 13 *Cardozo L. Rev.* 1991, *Making*, ed. por R. Hastie, New York, 1993.
- ¹³⁶ Ver Twining, *supra*, n. 6, p. 368: Pardo, "[uridical Prof., Evidence and Pragmatic Meaning: Toward Evidentiary Holism", en 95 *Northw. L. Rev.* 2000, p. 399.
- ¹³⁷ Ver Twining, *supra* n. 6, p. 334: Menashe-Shamash, *supra* n. 21, p. 5.
- ¹³⁸ Ver Twining, *supra* n. 6, p. 336.
- ¹³⁹ Ver Abu Hareira, "An Early Holisric Conception of Judicial Fact-Finding", en *Jur. Rev.*, 1986, p. 79.
- ¹⁴⁰ Para una evaluación crítica ver Jackson, *supra* n. 6, pp. 65, 71.
- ¹⁴¹ Para coherentes aproximaciones críticas ver Damaska, "Atomistic and Holistic Evaluarion of Evidence; A Cornparative View", in *Comparative and Privative Internacional Law. Séáis in Honor of J. H. Merryman*, D.S. Clerk ed., Berlin 1990, p. 91: Taruffo, *supra* n. 24, p. 281.
- ¹⁴² Desarrollo este punto en otra parte: ver Taruffo, *supra* n. 24, p. 282.

- ¹⁴⁵ En forma más amplia, sobre esta versión y para mayores referencias, ver nuevamente Taruffo, *supra* n. 24, p. 283.
- Ver Bennetr-Feldman, *supra*, n. 134, at 33, y críticamente Twining, *supra* n. 6, p. 308.
- ¹⁴⁸ Ver Twining, *supra* n. 6, p. 336.
- ¹⁴⁶ Ver Twining, *supra* n. 6, pp. 308, 336, 337.
- ¹⁴⁷ Ver MacCormick, *Coherente in Legal Justification*, en *Theorie der Normen. Festgabe Für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, ed. por W. Krawietz a. o., Berlín 1984, 48. Ver también Jackson, *supra* n. 6, p. 18.
- ¹⁴⁸ Ver nuevamente Twining, *supra* n. 6, p. 308.
- ¹⁴⁹ Ver Menashe-Sharnash, *supra* n. 21, p. 26.
- ¹⁵⁰ Ver Twining, *supra* n. 6, p. 336. Para un punto de vista crítico similar ver también Menashe-Shamash, *supra* n. 21, p. 5.
- ¹⁵¹ Ver nuevamente Twining, *ibidem*.
- Ver Haack, *Manifesto of a Passionate Moderate*. Unfashionable Essays, Chicago-London, 1998, p. 157.
- ¹⁵³ Ver *supra*, n. 72.
- En una perspectiva diferente, ver Burns, *supra* n. 6, ar 2. según quien es posible en el juicio alcanzar una verdad que está *más allá* del *story-telling*.
- ¹⁵⁵ Ver Twining, *supra* n. 6, p. 340, nota al pie 37.
- ¹⁵⁶ El concepto de "consistencia" o "coherencia" (los términos no son exactamente equivalentes, pero frecuentemente se usan como si lo fueran) ha sido objeto de amplias discusiones dentro de la teoría de la argumentación jurídica. Ver principalmente MacCormick, *supra* n. 147; Lenoble, "Narrative Coherente and the Limits of the Hermeneutic Paradigm", en *Lato; Interpretation and Reality*.

Interpretation in Legal Science: The Notion of Narrative Coherence, *ibídem*, at 204. Para una discusión comprehensiva ver Pino, "Coerenza e verita nell argomentazione giuridica. Alcune riflessioni", en *Riv. int. filol.*, 1998, p. 84.

¹⁵⁷ Estos términos son una síntesis gruesa de las calificaciones que son adoptadas con el fin de definir los aspectos principales de un *story-telling* judicial efectivo. Ver especialmente a Twining, *supra* n. 6, pp. 283, 288, 308, 310, 445.

¹⁵⁸ Ver principalmente Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht a.o., 1989, p. 161.

¹⁵⁹ Desde un punto de vista diferente, ver Coloma Correa, *supra* n. 50, p. 33, de acuerdo a quien las buenas historias son aquellas que están basadas en pruebas, y por lo tanto son verdaderas.

¹⁶⁰ Ver *supra*, § 2.3. sub a).

¹⁶¹ Ver Twining, *supra* n. 6, p. 336.

¹⁶² Ver Menashe-Sharnash, *supra* n. 21, p. 14.

¹⁶³ Ver *supra*, p. 152.

Discuto extensamente este tipo de argumento en otro lugar. Ver Taruffo, *supra*, n. 24, p. 293. Un argumento similar es usado en merepistemología, cuando se dice que como varias teorías científicas pueden referirse a los mismos hechos, entonces la elección entre ellas -tomadas como un conjunto balístico de afirmaciones- se basa en factores como la simplicidad, la utilidad y la coherencia de la teoría: ver, por ejemplo, Pino, *supra* n. 156, p. 96.

UNIDAD II: PROCEDIMIENTO DE LA PRUEBA CIENTÍFICA

- 1) Prueba científica de ADN vs. Cosa juzgada en procesos de filiación.
Héctor Eduardo Leguisamón.**
- 2) Prueba científica y decisión judicial (Unas anotaciones propedéuticas).
Juan Igartua Salaverría .**

UNIDAD II: PROCEDIMIENTO DE LA PRUEBA CIENTÍFICA

- 1) Prueba científica de ADN vs. Cosa juzgada en procesos de filiación. Héctor Eduardo Leguisamón.**

Comisión: Procesal Civil – Subcomisión DOS

Tema 2: Prueba científica

3. Cosa Juzgada y nuevas pruebas científicas

PRUEBA CIENTÍFICA DE ADN vs. COSA JUZGADA

EN PROCESOS DE FILIACIÓN

HÉCTOR EDUARDO LEGUISAMÓN (*)

Uruguay 988, piso 3°, Capital Federal. TE.: 4811-7754 / 4816-4495

hectoreleguisamon@speedy.com.ar

Breve síntesis de la propuesta: Reconocer la posibilidad de que una sentencia dictada en materia de filiación, pasada en autoridad de cosa juzgada, pueda ser revisada mediante una pretensión autónoma revisoria en caso de mediar una prueba científica que pueda establecer lo contrario a lo antes decidido. Esta posibilidad también será de aplicación a aquellos casos en los cuales, aun existiendo al tiempo de promoción del proceso –o de su tramitación–, no se hubiere producido la prueba científica aludida, aunque ello se hubiere producido por negativa expresa a someterse a ella.

Recomendar la incorporación y reglamentación en los Códigos Procesales de la pretensión autónoma revisora de cosa juzgada *irreal* en casos de filiación, debiendo la regulación legal prever la realización de la prueba científica en genética más avanzada que se conozca y la presunción legal procesal en contra del renuente a realizarla. Hasta tanto sea prevista legislativamente, recomendar que tal pretensión autónoma revisora sea tramitada por la vía que el Código Procesal local permita la mayor amplitud de discusión y prueba.

RECOMENDACIÓN: el apellido LEGUISAMÓN se escribe con S .
--

* Profesor titular de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales del Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina y también Profesor Titular en el sistema de educación a distancia de la misma Facultad; Profesor Adjunto de Derecho Procesal Civil y Comercial en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Museo Social Argentino. Profesor invitado en cursos de posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y de Experto en la Función Judicial de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal; del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la International Law Association. Co-director del Suplemento de Derecho Procesal de elDial.com Biblioteca Jurídica Online.

SUMARIO: I) La cosa juzgada. – II) Cosa juzgada *írrita*. – III) La prueba científica del ADN y su repercusión en las pretensiones de filiación. – IV) La revisión de la cosa juzgada *irreal* en materia de filiación. – V) Ponencias.

I. La cosa juzgada.

Al dictar una sentencia definitiva, el juez está creando una norma individual que pone fin al pleito y regula la situación jurídica controvertida; resulta obligatoria o imperativa para las partes que intervinieron en el proceso y dentro de su ámbito¹ una vez que pasa en autoridad de cosa juzgada.

El efecto fundamental de la sentencia es, pues, la producción de la *cosa juzgada*. Si bien la raíz es la locución latina *res iudicata* (lo decidido, lo que ha sido materia de decisión judicial), no resulta suficiente para suministrar un concepto. Según Couture es “la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”². La doctrina ha tratado de establecer un concepto de cosa juzgada, pero no ha sido posible, y dudo que pueda ser establecido uno preciso.

Creo que la *cosa juzgada* no tiene una definición exacta; es un concepto que se intuye. Sabemos qué es, pero no podemos enunciarlo con exactitud. Si en una discusión entre amigos en una mesa de un bar –como ilustrativamente se puede mostrar el proceso judicial–, uno de ellos argumenta su postura sobre un hecho pasado que es negado por su interlocutor del otro lado de la mesa, por no haber conformidad y haberse entablado la discusión (“conflicto”), llaman a un tercer amigo para que, luego de oír sus respectivas versiones y quizá poniendo un tanto de orden en la discusión, como, asimismo, eventualmente escuchar a otros amigos ajenos a la discusión original que hayan presenciado los hechos y den su versión (“testigos”), y hasta algún otro amigo que tenga conocimientos especiales o sea entendido en alguna cuestión particular (“perito”), finalmente después de valorar todos esos elementos, le dé la razón a uno o al otro; una vez que este tercer amigo dio su “fallo”, a ninguno de los otros dos se le ocurriría volver a plantear la misma discusión, pues ya fue decidida.

¹ Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, 16/8/1990, “Avanzada, S.A. c. Gas del Estado”, L.L. 1990-E-468: “Las sentencias tienen eficacia vinculante sólo en relación al proceso en que se dictan y la interpretación judicial no es, en principio y por sí, intangible ni obligatoria fuera de ese ámbito”.

² COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 401, Depalma, 1978.

La autoridad de la *cosa juzgada*, el *imperium*, es una calidad, un atributo propio del fallo que emana de un órgano jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo³.

Adquiere eficacia la *cosa juzgada*⁴ cuando la sentencia ha conseguido: a) *inimpugnabilidad*, es decir, cuando no se han empleado los medios legales para atacarla en el mismo proceso –recursos- o éstos se hubieren agotado, tendientes a su revocación (*cosa juzgada formal*), y b) *inmutabilidad*, o sea, cuando no puede ser modificada o alterada por ninguna autoridad, ni de oficio o a pedido de parte, por el mismo juez u otro juez en otro proceso (*cosa juzgada material o sustancial*)⁵.

Para aclarar: existe *cosa juzgada formal* cuando el mismo asunto no puede ser objeto de otra resolución en el mismo proceso, pero sí en otro distinto. Ello significa que su eficacia es *transitoria* aun terminada la vía de los recursos. Así sucede, por ejemplo, en los juicios ejecutivos o en los procesos posesorios o interdictos, en los cuales la sentencia dictada, si bien no puede ser revisada en el mismo proceso por haberse interpuesto todos los recursos previstos o no habérsele hecho, sí puede ser modificada en un proceso ulterior⁶.

Por otro lado, existe *cosa juzgada material o sustancial* cuando, además, del carácter de *inimpugnabilidad*, se le agrega el de *inmutabilidad*, o sea, cuando no puede ser modificada de ninguna manera –salvo acuerdo de partes–, ni por otro proceso posterior ni por una ley⁷, porque después que ha

³ Cám. Nac. Civ., sala E, 18/2/1983, “Los Chamacos c. Municipalidad de la Capital”, L.L. 1983-C-441: “La cosa juzgada no es más que la duración de la vigencia de las sentencias judiciales originadas en la prohibición impuesta a los órganos del Estado de derogarlas por medio de otras normas jurídicas posteriores”.

Cám. Nac. Civ., sala K, 19/12/1989, “Distiller de Aizencang, Elena c. Mavis, S.R.L.”, L.L. 1990-C-95: “La cosa juzgada es aquella que, bajo ciertas y determinadas condiciones, protege para el porvenir el caso juzgado y asegura su estabilidad”.

Cám. Nac. Civ. y Com. Fed., sala I, 2/7/1996, “Ledesma, Juan A. y otro c. Segba S.A. y otros”, D.J. 1992-2-819: “La cosa juzgada está íntimamente ligada a la seguridad jurídica y representa una exigencia vital del orden público, tiene jerarquía constitucional y es uno de los presupuestos del ordenamiento social cuya ausencia o debilitamiento pondría en crisis la íntegra juridicidad del sistema”.

⁴ Sup. Corte Bs. As., 2/5/1979, “Menna, José y otro c. Avola, Francisco”, D.J.B.A. 116-508: “En la sentencia, como todo acto procesal, debe distinguirse la validez de la eficacia: la providencia vale por sí misma, como acto del órgano jurisdiccional, con prescindencia de la notificación, pero la eficacia, en su incidencia sobre los deberes, facultades y cargas de las partes, supone la previa notificación”.

⁵ Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., 24/8/1995, “Banco Social de Córdoba c. Bodegas Esmeralda S.A.”, LLcBa. 1996-804: “El carácter de inmutabilidad que goza la cosa juzgada sustancial importa que en ningún caso, oficiosamente o a petición de parte, otra autoridad podrá modificar los términos de la sentencia firme. La calidad de definitiva o interlocutoria que tiene aquélla, estará determinada por el *thema decidendum* al que provea”.

⁶ Cám. Nac. Civ., sala C, 13/9/1979, “Tawil de Pitchon, Eva c. Tutunjian, Simón”, E.D. 86-278: “La cosa juzgada formal se refiere a la imposibilidad de reabrir la discusión en el mismo proceso, sea porque las partes han consentido el pronunciamiento de primera instancia, sea por haberse agotado los recursos ordinarios y extraordinarios cuando ellos procedan; pero sin que obste a su revisión en un juicio posterior”.

Cám. Nac. Com., sala A, 22/4/1980, “San Telmo, Coop. de Crédito Ltda. c. Salvador de Otamendi, Mercedes”, E.D. 88-591: “Determinadas decisiones judiciales tiene, aun agotada la vía de los recursos, una eficacia meramente transitoria. Se cumplen y son obligatorias tan solo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir; pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse. A esta forma particular se la llama en doctrina *cosa juzgada formal*”.

⁷ Cám. Nac. Civ., sala C, 13/9/1979, “Tawil de Pitchon, Eva c. Tutunjian, Simón”, E.D. 86-278: “La cosa juzgada material se produce cuando a la «irrecurribilidad» de la sentencia se agrega la “inmutabilidad” de la decisión. Puede así haber cosa Juzgada formal sin cosa juzgada material, pero no a la inversa, porque la cosa juzgada

pasado en autoridad de cosa juzgada constituye un derecho adquirido que se incorpora al patrimonio de la persona y que, por ende, goza de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad (art. 17, Constitución nacional)⁸.

Asimismo, es inherente a la eficacia de la *cosa juzgada* su *coercibilidad*, es decir, la posibilidad de ser ejecutadas a pedido de parte en caso de tratarse de sentencias de condena.

En cuanto al alcance temporal de los efectos, las sentencias *declarativas* retrotraen sus efectos al momento en que acaecieron los hechos que dieron origen al litigio (*ex tunc*); las *constitutivas*, en principio, los producen hacia el futuro (*ex nunc*); mientras que las *de condena* los proyectan según lo establezca la propia sentencia (v.gr., en el caso de intereses, se puede establecer que ellos son adeudados desde que tuvieron lugar los hechos que les dan origen).

De ser intentada una demanda que persiga nuevo pronunciamiento sobre una cuestión resuelta anteriormente con carácter firme en otro litigio, es procedente la excepción de cosa juzgada⁹.

material tiene como presupuesto a la cosa juzgada formal. Por ejemplo, la sentencia dictada en juicio ejecutivo tiene fuerza de cosa juzgada formal y permite su ejecución, pero carece de fuerza juzgada material”.

Cám. Civ. y Com. Córdoba, 7ª, 31/5/1983, “Cragnolini, Rodolfo A. c. Luna Pereyra, Carlos A.”, LLCA. 1984-339: “Con referencia a los límites subjetivos de la cosa juzgada, sólo se tendrá que determinar los sujetos de derecho (identidad jurídica), y sus efectos alcanzan sólo, en principio a quienes han litigado. Corresponderá en definitiva analizar si en cada caso concreto lo que se pretende debatir ha sido o no resuelto en otro juicio anterior o en el mismo proceso. Que resulta ser éste en definitiva, el tema primordial a considerar ya que debe tenerse en cuenta que todas las cuestiones planteadas; o que habrían debido plantearse, y resueltas en la sentencia, u omitidas, devienen inmutables, es decir nos encontramos en presencia de la cosa juzgada formal y material que no puede discutirse nuevamente en el mismo o en otro proceso”.

⁸ Cám. Nac. Civ., sala B, 5/3/1981, “Longo, Luis c. Yazadijian de Boydjian, Anarid”, E.D. 93-622: “El régimen de la autoridad de la cosa juzgada, según reiterada jurisprudencia, abarca dos aspectos conexos pero claramente diferenciales: a), la estabilidad de las decisiones judiciales, que es exigencia primaria de la seguridad jurídica; b), el derecho adquirido que corresponde al beneficiario de una sentencia ejecutoriada, derecho que representa para su titular una propiedad *lato sensu*”.

Sup. Trib. Just. Formosa, 18/6/1996, “Maglietti de Anquin, Elsa c. Instituto Provincial de la Vivienda”, L.L. Litoral 1997-464: “Los actos jurisdiccionales que se hallan ejecutoriados no pueden revisarse por razón de su posible desacierto sin violencia de la garantía de los derechos adquiridos y de la indivisibilidad de los pronunciamientos definitivos de naturaleza judicial, doctrina que es también aplicable cuando un fallo vulnera un derecho adquirido por una parte en forma irrevocable y con fuerza de cosa juzgada”.

Sin embargo se ha dicho: “Respecto al derecho adquirido a obtener mediante la ejecución de una sentencia firme lo que ella determina, se ha establecido que no puede ser sustancialmente alterado por las disposiciones de una ley posterior, por cuanto la sentencia firme es intangible. Lo juzgado por ellas no ha de volver a juzgarse. Pero una cosa es su contenido y su ejercicio, que debe necesariamente llevarse a cabo en razón de la intangibilidad que la protege y otra cómo y cuándo haya de serlo; de ahí que no sea constitucionalmente inválida una ley que respetando el juicio que las sentencias contienen y su fuerza ejecutoria, regule el modo y tiempo de obtener el efecto de manera distinta a como lo regula la ley vigente cuando la sentencia se dictó, mientras la misma regulación no importe destituir prácticamente de su eficacia a esta última” (Corte Sup., 22/12/1993, “Hagelin, Ragnar c. Estado Nacional”, del voto de los doctores Fayt, Levene [h.], y Moliné O’Connor, E.D. 158-134, J.A. 1994-III-579); y también: “Es perfectamente posible que por motivos muy especiales el Poder Legislativo autorice la modificación de pronunciamientos que han adquirido el carácter de coercibles e inmutables” (Sup. Corte Bs. As., 12/12/1995, “Giménez, Leonardo C. c. Municipalidad del Partido de Azul”, del voto del doctor Hitters, D.J.B.A. 150-1169).

⁹ Cám. Civ. y Com. Mercedes, sala 2ª, 11/9/1984, “Calderón Pedro y otros c. Alpeggiani, Agustín C.”, L.L. 1985-B-307: “La defensa de cosa juzgada consiste en la prohibición dirigida al juez de sustanciar otro proceso sobre una cuestión que haya sido ya juzgada: *non bis in idem*. Es decir, la prohibición de dictar una sentencia que contradiga o se oponga a la dictada sobre una misma cuestión”.

Cám. Nac. Com., sala D, 19/4/1991, “De Biedma, Ricardo B. c. Casa Arteta S.A.”, L.L. 1992-A-379: “Los defectos u omisiones de prueba no pueden ser superados o enmendados en un nuevo juicio ulterior sobre el mismo asunto: a ello obstan el principio de la cosa juzgada y la regla del *non bis in idem*”.

II. Cosa juzgada *írrita*.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia aceptan la posibilidad de promover un proceso, mediante una acción (pretensión) revocatoria procesal autónoma, que puede ser denominada como *pretensión autónoma de sentencia declarativa de la cosa juzgada írrita*¹⁰ o *pretensión autónoma revisiva de la sentencia firme*¹¹, cuyo objeto es la declaración de nulidad o invalidez de la sentencia con sustento, en general, en que el proceso ha sido fraudulento y simulado; en tales casos se admite que la cosa juzgada írrita pueda ser dejada sin efecto¹².

Existe proceso fraudulento cuando ha sido promovido en forma simulada, mediando colusión entre el actor y el demandado, con la finalidad de perjudicar derechos de terceros¹³.

¹⁰ MORELLO, Augusto M., *Pretensión autónoma de sentencia declarativa de la cosa juzgada írrita*, E.D. 36-288.

¹¹ TIERRA, Raúl H., *Medios de revisión de la cosa juzgada en el derecho de familia*, en *La impugnación de la sentencia firme*, director Jorge W. Peyrano, coordinador Carlos A. Carbone, t. II, p. 116, Rubinzal-Culzoni, 2006.

¹² FALCÓN, Enrique M., *Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias*, t. I, ps. 271/272, Abeledo-Perrot, 1998; MORELLO, *Pretensión autónoma de sentencia declarativa...*, E.D. 36-288; BERIZONCE, Roberto O., *Cosa juzgada fraudulenta y acción de nulidad*, Jus 10-75; *Medios de impugnación de la cosa juzgada*, Rev. Col. Abog. La Plata, 26-259; COUTURE, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, 3ª ed., Depalma, 1979; HITTERS, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada*, 2ª ed., Platense, 2006; COLERIO, Juan Pedro, *La inmutabilidad de la cosa juzgada frente al proceso fraudulento*, L.L. 1991-B-259; EISNER, Isidoro, *Contenido y límites de la cosa juzgada*, L.L. 1981-A-35; FENOCHIETTO, Carlos E., *Cuestiones litigiosas amparadas por la cosa juzgada*, L.L. 1988-E-334; PEYRANO, Jorge W., *Acerca del tribunal competente para conocer la acción de nulidad de sentencia firme*, E.D. 154-948; Godoy, Daniel, *Acción revocatoria por cosa juzgada írrita*, J.A. n° 6016 del 18/12/1996, p. 24; Autores varios, *La impugnación de la sentencia firme*, ob. cit., t. I y II.

Cám. Civ. Com. Trab. y Familia Bell Ville, 6/4/1984, “Romaldi de Stancich, Delia c. Eandi de Peppino, Hilda M. y otro”, LLCba. 1984-1132, con nota de Adán Luis Ferrer: “Tratándose de terceros afectados por la cosa juzgada, ellos pueden impugnarla en tanto haya mediado un proceso fraudulento o una sentencia fraudulenta, ya sea que el dolo provenga de una parte o de ambas, o inclusive del juez. Este tercero puede intervenir en el proceso, en nuestro sistema ritual, en los términos del art. 1038, como tercero interesado, ya sea en forma adhesiva o en forma excluyente e incluso enfrentando a ambas partes, transformándolas en litis consorte. Pero si, en cambio, no intervino o no pudo intervenir, tiene a su favor la acción revocatoria procesal como vía autónoma para impugnar la nulidad de la cosa juzgada que lo afecta, siempre que haya mediado un proceso fraudulento”.

Cám. Civ. y Com. Córdoba, 1ª, 10/7/1984, “Domínguez, Olga y otra c. Tyta Financiera, S.A.”, del voto del Dr. Dendarys Crespo, LLCba. 1985-130: “La acción autónoma de nulidad no es sino la acción revocatoria pauliana del derecho común extendida al campo procesal con más amplitud, pues abarca el proceso fraudulento en sentido genérico, comprensivo del fraude y la simulación sin que quede limitado a los acreedores y al caso de disminución del patrimonio del deudor”.

Cám. Civ. y Com. Azul, 4/11/1997, “Gil, Omar A. c. Capitano, Orlando O.”, LLBsAs. 1998-575: “Para que sea procedente la acción de declaración de nulidad de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada es necesario que aquélla adolezca de vicios esenciales, tales como haber sido culminación de un proceso aparente o írrito, simulado o fraudulento, resultar de actividades que hayan determinado vicios de la voluntad u otros sustanciales, ello excluye la acción, cuando se invocaren vicios en la actividad procesal, errores de juzgamiento o, en general, aquellos agravios cuya corrección debió procurarse a través de los incidentes o recursos pertinentes”.

¹³ Cám. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 27/6/1989, “Marticorena, Roberto R. c. Lazo, Ruderik M. P.”, L.L. 1991-B-261, con nota de Juan Pedro Colerio: “Puede existir fraude en un proceso válido o puede tratarse de un proceso fraudulento; en éste no sólo una etapa o acto del mismo es ilegítimo, sino que todo él es falso o simulado y cuenta con la complicidad de ambas partes en perjuicio de un tercero”.

Cám. Nac. Civ., sala F, 29/2/1984, “Z. T., M. M. G. c. S., C. J. F.”, L.L. 1984-D-49, D.J. 1984-2-56, E.D. 108-452: “La sola posibilidad de colusión entre actora y demandado en el proceso por nulidad de matrimonio, podría ser demostrada en el posterior proceso de nulidad de matrimonio de la tercera con quien fue primer marido de la demandante, alegando la cosa juzgada fraudulenta de aquél. Si ello es así, tal alegación o defensa requiere ineludiblemente la participación de los intervinientes en el juicio fraudulento, es decir, la actora y el demandado en el *sub examine* serían citados en el posterior proceso de nulidad a incoarse entre la aquí actora y la tercera recurrente”.

La revisión de la cosa juzgada fue materia de tratamiento en el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en la ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén –1999-, habiendo la Comisión de Derecho Procesal Civil enunciado las siguientes conclusiones: 1) La revocabilidad de la cosa juzgada sólo procederá por vicios sustanciales que sean trascendentes y heterónomos al proceso; 2) La inexistencia de una regulación no es obstáculo para la aplicación del instituto. En este caso corresponderá la acción autónoma de nulidad; 3) El tipo de proceso a aplicar es el proceso de conocimiento más amplio previsto por la legislación local; 4) La vía puede articularse a través de un Recurso de revisión o una Acción autónoma de nulidad. En los ámbitos territoriales en que exista el recurso de revisión no quedará excluida la acción autónoma de nulidad, pero para los supuestos no previstos en el recurso; 5) Sin perjuicio de lo anterior, se recomienda la regulación del instituto de modo uniforme a través de la acción autónoma de nulidad; 6) Se aplican las reglas de la nulidad de los actos jurídicos sustanciales; 7) Las condiciones de excepcionalidad deben ser enumeradas, sin perjuicio de hacerse respecto de ellas una interpretación extensiva; 8) El plazo para peticionarla será de treinta días desde que se conoció el vicio o fue posible el reclamo; 9) El plazo de prescripción debe ser el que corresponda, conforme con la ley de fondo al acto cuya impugnación se pretende; 10) El tribunal competente es el que corresponda conforme con la ley para la impugnación de actos jurídicos en cada competencia territorial, con excepción de que el mismo tribunal sea el que haya dado lugar al vicio; 11) Están legitimados todos aquéllos que tengan un interés legítimo, pero en los lugares en que exista un recurso de revisión, no se permitirá por vía de la acción autónoma de nulidad, suplir la inacción prevista específicamente por el recurso.

III. La prueba científica de ADN y su repercusión en las pretensiones de filiación.

Con un desarrollo formidable y sorprendente de la ciencia y la tecnología, el hombre ha traspasado límites inimaginables, sólo concebibles por escritores de ciencia ficción –y no por todos-. No hace falta mucho mirar hacia atrás para apreciar que a principios de siglo XX la aviación estaba en ciernes al igual que la navegación submarina. Los vuelos comerciales eran una apetencia de algunos visionarios empresarios que alentaban a los aventureros. No existía la heladera eléctrica ni la radio, y la televisión recién vio su nacimiento promediando el siglo pasado. El teléfono –aparato que ahora nos acompaña caminando por la calle glosado al cinturón del caballero o en la cartera de la dama, cuando no directamente en la mano o, en los últimos tiempos, con un aparato *bluetooth* adosado a un oído- estaba dando sus primeros pasos. Tan solo algunos de los ejemplos de lo sucedido en los últimos cien años, que si bien para un mortal es poco más que su vida entera, para la historia de la humanidad es simplemente un grano de arena en la inmensidad del médano.

Es conocido que el Derecho va a la zaga de los descubrimientos y adelantos científicos y tecnológicos, pero podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que cada vez más debido a la velocidad con que éstos se producen ante la imposibilidad de ser seguidos adecuadamente por el Derecho, lo cual aletarga su reacción.

Más allá de la demora en regulaciones sustanciales, esto se evidencia en materia de Derecho probatorio. Los juristas y magistrados deben hacer verdaderos esfuerzos para intentar, al menos, estar al nivel y receptar los beneficios de tales adelantos en provecho del fin último del proceso, cual es el establecimiento de la verdad jurídica objetiva; en la medida que humanamente sea posible, de la verdad verdad.

Alerta el maestro Morello: “En el tiempo inmediato, en que seguramente las conquistas científicas nos deslumbrarán aún más, el Derecho deberá hacer un redoblado esfuerzo de superación de sus propios niveles, para no quedar inmovilizado y, al cabo, descompensado. No hay obstáculos infranqueables para que, en ese desafío, se perfeccione desde los dos flancos: la evolución de la ciencia natural y el progreso técnico, por un lado, y el de la *apertura y superación de los logros de la ciencia jurídica* que manejan los operadores del Derecho en la búsqueda de la verdad, lo que provocará que la cuña científica cobre otro voltaje, *desde el encofrado jurídico*. Finalmente, importará evitar excesos de posición de uno y otro lado, balanceando, proporcionalmente, el punto adecuado (y dinámico) del equilibrio global. Lo que no podremos esquivar es que la científicidad de la prueba ha subido a escena y, cada vez, reivindicará, en el espectáculo del proceso, un papel de mayor relieve¹⁴15.

Desde esta perspectiva, no se le puede pedir al juez que posea una ciencia igual o superior al del científico, debemos contentarnos con que el juez controle, adecuadamente, el *grado de aceptabilidad* –conforme al del conocimiento común- *de los nuevos métodos científicos*, o bien la racionalidad del procedimiento y conclusiones seguidas y que aporta el científico, *única manera de que se satisfaga con la lente jurídica* los modos de control que posee la “opinión pública” frente a ese cometido¹⁶.

Así, en materia de pretensiones de filiación se puede decir que, ante el advenimiento de las pruebas biológicas, ha perdido prácticamente sentido la *exceptio plurium concubentium*, como

¹⁴ La frase última es de Barbosa Moreira, José, *Restricciones a la prueba en la Constitución brasileña*, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Comercial*, Bogotá, 1997 (N° 21-22), ps. 126/138; la cita, que no se refiere a lo que aquí examinamos, en la última de las páginas individualizadas.

¹⁵ MORELLO, Augusto M., *La prueba científica*, L.L. 1999-C-897.

¹⁶ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina general del derecho procesal*, p. 463, “f”, Bosch, Barcelona, 1993.

también vigor la posesión de estado con sus tradicionales *nomen*, *tractus* y *fama*, elementos antes importantísimos que aparecen en la actualidad como meramente corroborantes¹⁷.

Cuando hace tiempo se contaba únicamente con la prueba hematológica, que permitía excluir la paternidad pero no afirmarla positivamente, ya la doctrina y la jurisprudencia sostenían que la negativa a someterse a la prueba biológica creaba una presunción en contra de quien asume tal actitud procesal¹⁸. Allá por la década de los años 70, sobrevino la prueba de histocompatibilidad (HLA –Human Lymphocyte Antigen-) que, dirigida originalmente a evitar los rechazos de trasplantes orgánicos en seres humanos, fue aplicada en las investigaciones de filiaciones, siendo más concluyente que la anterior, robusteció la opinión imperante¹⁹. En un interesante trabajo Verruno, Haas y Raimondi, postularon que, en concordancia con lo dispuesto por la ley 23.511, la negativa a la extracción de sangre a los efectos de la prueba de compatibilidad inmunogenética (PCI), debe ser considerada como presunción en contra²⁰. Luego fue superada por la aparición del ADN²¹.

Los estudios para la identificación de la individualidad de las personas, pueden ser resueltos investigando la variabilidad o polimorfismo de la molécula del ácido desoxirribonucleico cuya sigla es ADN o DNA. –según la literatura inglesa-. El ADN es el soporte molecular de la totalidad de la información genética o genoma. El genoma, constituido por ADN, se distribuye en el hombre en forma mayoritaria en el núcleo celular y se lo denomina genoma nuclear. En el ADN genómico se encuentran regiones que se caracterizan por la repetición en tandem de una misma secuencia de ADN. Estas regiones se denominan VNTR (Variable Number of Tandem Repeats) o “minisatélites” y son secuencias de nucleótidos de distinta longitud. El número de repeticiones varía de una persona a otra, generándose así un multialelismo muy informativo. Los tandem repetitivos se encuentran localizados más frecuentemente en regiones no codificantes pero también es posible hallarlos en regiones codificantes de un gen. Ciertos minisatélites están localizados en un solo lugar: “locus”, que es el sitio específico de

¹⁷ DUTTO, Ricardo J., *El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas*, en *Revista de Derecho Procesal*, Vol. 2002 – 2 –*Derecho Procesal de Familia*-, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, t. II, p. 144.

¹⁸ BOSSERT, Gustavo A., y ZANNONI, Eduardo A., *Régimen legal de filiación y patria potestad –ley 23.264*, ps. 105/6, Astrea, 1985, con citas de BELLUSCIO, *Manual*, t. II, n° 473; BORDA, *Tratado –Familia-*, t. II, n° 733; DÍAZ DE GUIJARRO, *Valoración probatoria de la negativa a someterse a la investigación de los grupos sanguíneos*, J.A. 1947-III-216; ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, t. II, p. 476, n° 842; GROSMAN, Cecilia P., *Acción de impugnación de paternidad del marido*, p. 183, § 56; CALAROTA, *Determinación de la paternidad por el sistema HLA*, L.L. 1985-A-472; Cám. Nac. Civ., sala D, 6/9/1973, E.D. 53-182; íd., sala C, 5/3/1977, L.L. 1977-C-70; íd. sala F, 12/2/1975, E.D. 67-639; y en contra de MERCADER, Amílcar, *La jurisdicción y la prueba. Investigaciones en el cuerpo humano*, L.L. 23-120.

¹⁹ Corte Sup., 1/11/1987, “D., N. N. c. C., E. J.”, L.L. 1987-E-404; Cám. Nac. Civ., sala F, 7/3/1989, “G. A., R. N., c. D., A.”, L.L. 1989-E-112/3.

²⁰ VERRUNO, Luis, HAAS, Emilio, y RAIMONDI, Eduardo, *La filiación. El HLA. Los jueces, los abogados y la ciencia*, L.L. 1990-A-799.

²¹ “El F.B.I. informó al Comité de Tecnología de ADN en ciencias forenses por intermedio de J. W. Hicks que el 33% de las inclusiones de vínculo por HLA fueron excluidas por ADN”, DI LELLA, Pedro, *Paternidad y pruebas biológicas*, p. 22, Depalma, 1997.

un gen en un cromosoma. Otros minisatélites se hallan dispersos sobre muchas cromosomas, es decir, ocupan distintos "loci". La herencia de estas regiones minisatélites es mendeliana, lo cual permite su utilización en estudios de filiación. El primero en aplicar estos estudios en cuanto a la variación de los VNTR fue Alec J. Jeffreys en Inglaterra, quien acuñó la expresión de "DNA.-fingerprinting" o "huellas dactilares de ADN"²².

El examen genético de ADN, correctamente realizado, es en la actualidad, el medio científico que alcanza el mayor grado de certeza en la investigación de filiaciones en tanto permite excluir la paternidad en un 100% e incluirla en un 99,99%.

El estudio de paternidad a nivel del material genético consiste en el análisis y comparación del material genético de la madre, del hijo y del supuesto padre²³. Este estudio se realiza mediante una serie de técnicas de ingeniería genética, que en conjunto se les conoce como "*huella digital de ADN*". Esta tecnología permite representar en una placa de rayos X, aspectos de la estructura del ADN de una persona en forma de bandas paralelas, similar a los códigos de barras que identifican a los productos en los supermercados. La mitad de las bandas son heredadas por la madre y la otra mitad por el padre. De tal forma que si la mitad de las bandas de ADN encontradas en un hijo están presentes en el supuesto padre, la paternidad es concluyente. Para llevar a cabo tal probanza, preferentemente se extraen 10 ml. De sangre por veno-punción cubital en el Laboratorio de Biología Molecular a las personas mencionadas, o bien, mediante un exudado bucal, cabello o cualquier tejido celular de las personas que habrán de someterse al estudio, y después de un proceso cuidadoso, se puede determinar la paternidad o maternidad con un grado de certeza y confiabilidad mayor al 99,99%, ya sea que resulte incluyente o excluyente²⁴.

De allí que, como bien señala Kielmanovich, quien rehúsa someterse sin justa causa a una peritación genética, sin duda que lo hace guiado por el temor que le produce el resultado de la prueba y verse expuesto "públicamente" en sus mendacidades y dobleces²⁵, máxime si lo que se debate es el estado de familia de una persona.

Ahora bien, ¿es suficiente la simple negativa injustificada o hace falta algo más? Tengo para mí que no basta la simple negativa a someterse al examen genético para conjeturar el vínculo

²² JEFFREYS, Alec J., et al., *Individual-specific fingerprints of human DNA*, 1985, *Nature* 314: 67-73.

²³ Desde luego, este estudio puede realizarse también únicamente entre las personas cuya paternidad o maternidad está en duda, esto es, entre el posible padre y el hijo o hija, o la posibles madre y el hijo o hija, e incluso, cuando esto no es posible, por ausencia y otras causas, se ha ordenado que la prueba se realice con los hermanos u otros parientes consanguíneos de los progenitores cuya paternidad o maternidad se reclama o cuestiona.

²⁴ BERÚMEN CAMPOS, Jaime, *El análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) en la identificación de individuos*, Ciencia y Desarrollo 111, 34/41 (1993), citado por GODÍNEZ, Lázaro Tenorio, *Hacia un nuevo procedimiento en los juicios sobre paternidad ágil, sencillo y eficaz*, en *Revista Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, ps. 203/204, t. 246, VII Época, Año 2006, México.

²⁵ KIELMANOVICH, Jorge L., *Teoría de la prueba y medios probatorios*, p. 501, Abeledo-Perrot, 1996.

biológico de quien se rehúsa. Las razones que brinde para tal actitud, pueden tener su origen en innumerables motivos (morales, éticos, religiosos, psíquicos, etc.), que si bien pueden aparecer injustificados, no por ello se deben soslayar ni dejar de atender en todos los casos²⁶.

En Brasil, se ha superestimado de tal manera el test de ADN –aun cuando su infalibilidad está en tela de juicio en el hermano país-, que se compele al investigado a realizar la peritación genética so pena de que su negativa será tenida como infalible presunción de paternidad²⁷, cuestionándose –con buen criterio- la sacralización de tal presunción sobre la base de que, con antelación a ordenar la peritación genética, se debiera demostrar la verosimilitud de la demanda por otros medios como, también, permitir al investigado producir prueba negativa de la alegada paternidad²⁸.

En México, el art. 325 del Cód. Civil para el Distrito Federal –sancionado en el año 2000-, referido a la filiación matrimonial, para destruir la presunción legal *iuris tantum* que establece el art. 324 de ser hijos de los cónyuges respecto de los nacidos dentro del matrimonio y de los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, permite la producción de pruebas *que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer*; asimismo, para el supuesto de hijos extramatrimoniales, el art. 382 del mismo texto legal prevé *la utilización de cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos*, en el entendido de que si el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre²⁹; se afirma que “afortunadamente, cada día son más los jueces y magistrados de la República Mexicana, que ordenan oficiosamente la práctica de dicha prueba, con excelentes resultados, pues como bien dice el refrán «para qué tantos brincos estando el piso tan parejo». *En este tipo de juicios sólo hay una verdad: se es o no se es el padre o la madre*, y si su práctica es gratuita, no debe existir mayor temor en someterse”, y se sostiene que “en los juicios sobre paternidad, salvo tratándose de aquellos relacionados con la fecundación asistida –donde sí se requerirán otros medios

²⁶ LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, *Las presunciones judiciales y los indicios*, p. 173, 2ª ed. actualizada y ampliada, Rubinzal-Culzoni, 2006.

En contra, KIELMANOVICH considera que según se ha resuelto (Cám. Nac. Civ., sala H, 4/10/1996, E.D. 172-274), con inobjetable solvencia en su opinión, de la negativa a someterse a una pericia genética puede exclusivamente deducirse la convicción judicial, extremo que implica acordarle a la conducta, aisladamente o en conjunción con los restantes medios de prueba, un peso incluyente para la decisión del conflicto (*Código...*, ob. cit., p. 229).

²⁷ 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Apelação Cível nº 597.145.713, Rel. Des. Eliseu Gomes Torres, RJTJRS 187/290.

²⁸ MADALENO, Rolf, *A sacralização da presunção na investigação de paternidade*, en *Nova Realidade do Direito de Família*, t. 2, ps. 73/86, Coord. Sérgio Couto, Rio de Janeiro: COAD: SC Editora Jurídica, 1999; y <http://www.gontijo-familia.adv.br/escritorio/outros44.html>.

²⁹ GODÍNEZ, *Hacia un nuevo procedimiento...*, ob. cit., ps. 199/200.

de prueba para demostrar la ausencia de consentimiento-, *resulta ocioso e innecesario ofrecer, admitir, preparar y desahogar otras probanzas ajenas a la pericial en genética molecular*³⁰.

En los Estados Unidos de Norteamérica, más que dirigido a determinar un vínculo biológico, pareciera ser que el test de ADN está enderezado a la cesación de las obligaciones alimentarias provenientes de la presunción de paternidad. En la página web del grupo “U.S. Citizens Against Paternity Fraud”³¹ (“Ciudadanos de los Estados Unidos contra el fraude de la paternidad”), se compara el fraude de la paternidad a una violación y se incluye un “Hall of Paternity Fraud Victims” (“Galería de las Víctimas del Fraude de la Paternidad”). Los diseñadores de la Uniform Parentage Act (UPA 2000) hicieron más difícil desafiar la paternidad de un niño con un padre presumido. Para un niño con padre no presumido, desconocido o adjudicado, el procedimiento puede comenzar en cualquier momento, mientras que si se trata de un padre presumido debe ser iniciado dentro de los dos años del nacimiento y, además, la corte está autorizada a denegar el examen genético cuando la conducta anterior de la madre o del padre presumido sea contraria al desconocimiento de la paternidad y cuando no resulte equitativo invalidar el parentesco³².

En nuestro país, el art. 253 del Cód. Civil –modif. ley 23.264- establece que en las acciones de filiación se admitirá toda clase de pruebas, incluso, las biológicas, las cuales podrán ser ordenadas de oficio o a petición de partes. Esto significa, que aunque las partes no hubiesen ofrecido exámenes genéticos como medios de prueba o aun mediando desistimiento de los que hubiesen propuesto, los jueces pueden ordenarlos.

Como complemento, la ley 23.511, creadora el Banco Nacional de Datos Genéticos, establece una presunción legal procesal en su art. 4, 1^{er}. párr.: “Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la *pretensión apareciese verosímil o razonable*, se practicará el examen genético, que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá *indicio* contrario a la posición sustentada por el renuente”.

Esta norma considera la negativa a someterse al examen genético como un indicio en contra del reticente, no sólo porque así lo menciona expresamente su texto, sino porque requiriendo en su primera parte que la pretensión debe aparecer “verosímil o razonable”, para que tal indicio adquiriera trascendencia, debe estar rodeado de otras pruebas o indicios demostrativos de que la pretensión ejercida goza de credibilidad, sensatez o seriedad. Ello significa que la negativa sola no basta, siendo

³⁰ GODÍNEZ, *Hacia un nuevo procedimiento...*, ob. cit., p. 203/204.

³¹ <http://www.paternityfraud.com>.

³² ANDERLIK, Mary R., y ROTHSTEIN, Mark A., *DNA-Based identity testing and the future of the family: A research agenda*, en *American Journal of Law & Medicine*, vol. 28, n° 2&3, ps. 215/232, American Society of Law, Medicine & Ethics, Boston University School of Law, 2002.

necesaria la acreditación de otras circunstancias previas –v.gr., la convivencia, noviazgo, relación amorosa, etc.– que indiquen el vínculo biológico reclamado y que, concatenadas a la negativa a someterse al examen genético, hagan presumirlo. Incluso, en mi parecer, las probanzas de dichas circunstancias se debieran producir con antelación a ser ordenada la prueba genética. En la práctica, se aprecian muchas demandas en las cuales simplemente se invoca genéricamente el mantenimiento de una relación afectiva sin dar mayores precisiones a la espera de una negativa al sometimiento a realizar la prueba genética³³.

Si bien el caso más frecuente es el de reclamación de la paternidad, tal presunción legal procesal también se aplica a supuestos de reclamación de la maternidad como de impugnación de la paternidad o de la maternidad, siendo indiferente que se trate del accionante o del demandado quien se rehúsa a someterse al examen genético, pues el art. 4 de la ley 23.511 no hace distinción alguna sobre quién sea el “renuente”.

En esta línea de pensamiento, en un proceso por impugnación del reconocimiento de paternidad extramatrimonial promovido por la madre de una menor contra el padre reconociente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia de la sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que revocó la sentencia del juez de primera instancia y anuló de oficio las actuaciones a partir de la supuesta denuncia del padre biológico de la menor formulado la madre –en el proceso por tenencia deducido por el demandado- y dispuso que debía integrárselo a la relación procesal citándolo al juicio en carácter de tercero interesado a efectos de conformar un litisconsorcio necesario. En lo que aquí interesa, con remisión al dictamen del Procurador Fiscal, la Corte Suprema entendió que la alzada puede o no compartir jurídicamente la circunstancia de que el juez de primera instancia haya dado preferencia a determinado elemento probatorio sobre otro, pero no torna viable su anulación como se hizo con relación a la pericial genética a la que voluntariamente se sometieran las partes y respecto de la cual el demandado no dio cumplimiento al no concurrir a realizarla, a pesar del consentimiento prestado con dicha probanza y de las reiteradas notificaciones cursadas por el Cuerpo Médico Forense, con el fin de confirmar su paternidad respecto de la menor sostenida en la contestación de demanda e insistentemente invocada a lo largo de la litis, por la cual el demandado previamente había promovido demanda de tenencia de la menor reclamando los derechos de

³³ LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, *El valor probatorio del comportamiento de las partes antes y durante el proceso*, ponencia presentada al XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Paraná, 2003) publicada en la página web del Congreso <http://www.ucaparana.com.ar/derecho/trabajos/leguisamon.htm> y en elDial.com, secc. Doctrina, Record Lógico DC2A2; y *Las presunciones judiciales y los indicios*, ob. cit., ps. 176/177.

paternidad y patria potestad y efectuando *a posteriori* el reconocimiento de la menor, actitud que el juez de grado ponderó conformaba, según el art. 4 de la ley 23.511, una grave presunción en su contra³⁴.

En el supuesto de hallarse fallecida la persona respecto de la cual se alega el parentesco, es viable realizar el examen genético sobre su cadáver^{35 36}, pero como éste es una cosa de propiedad de sus deudos, a éstos se traslada el indicio de la negativa a permitir el examen genético³⁷.

En un interesante caso resuelto hace pocos años, en el cual se reclamó la filiación extramatrimonial contra los herederos del padre alegado fallecido, se consideró como negativa de acuerdo al art. 4, 1^{er}. párr. de la ley 23.511, la actitud de los demandados que, si bien no se opusieron formalmente a cooperar en las pruebas biológicas, al conocer el resultado de otros estudios genéticos, no reiteraron ni reformularon su modo de prestar colaboración en su producción siendo que la ofrecida no resultaba suficiente ni concluyente en la forma en que había sido brindada³⁸.

IV. La revisión de la cosa juzgada *irreal* en materia de filiación.

Establecida la importante repercusión de la prueba biológica de ADN en las pretensiones de filiación, interesa analizar la posibilidad de que, en su virtud, pueda ser revisada una sentencia que haya pasado en autoridad de cosa juzgada, sea que hubiese determinado, o desestimado, la paternidad o la maternidad reclamada o impugnada.

Según vimos antes, la cosa juzgada material no es tan inmutable como se sostiene, pues cuando ella es írrita, admite su revisión o nulificación por vía de una pretensión autónoma.

Del mismo modo, la cosa juzgada en las pretensiones de filiación, al menos como excepción a la regla de inmutabilidad, debe tolerar su revisión, no ya por ser el producto de un proceso

³⁴ Corte Sup., 28/9/2004, G. 434 XXXVIII, "G. M. A. c. P. J. R. s/ impugnación de paternidad", elDial.com Record Lógico AA24A1.

³⁵ KIELMANOVICH, Jorge L., disertaciones del 26/9/2002 en las *Jornadas sobre la prueba en la reforma procesal civil y penal* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y del 11/10/2002 en las *Jornadas Preparatorias del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo.

³⁶ Precisamente antes de presentar esta ponencia, se publicó una noticia que, además de parece de ciencia ficción, viene al caso y justificó que la incluyera: "Un solo diente y algunas pistas de ADN parecen haber resuelto el misterio de la momia perdida de Hatshepsut, una de las más grandiosas reinas del antiguo Egipto, que reinó en el siglo XV antes de nuestra era. Los arqueólogos que condujeron la investigación, cuyos resultados serán anunciados formalmente hoy en El Cairo, dijeron que es la primera momia de un rey egipcio en ser hallada y "positivamente identificada" desde que fue abierta la tumba del rey Tutankamón en 1922. [...] «Contamos entonces con pruebas científicas de que ésta es la momia de la reina Hatshepsut», concluyó Hawass, al referirse al diente, pero también a estudios de ADN que sugieren un vínculo familiar entre la momia de esta mujer obesa y Ahmose Nefertari, matriarca de la XVII dinastía real" (John Noble Wilford de The New York Times, LaNacion.com –Ciencia/Salud– del 28/6/2007)

³⁷ LEGUISAMÓN, *El valor probatorio del comportamiento...*, ob. cit.; y *Las presunciones judiciales y los indicios*, ob. cit., p. 176.

³⁸ Cám. Nac. Civ., sala J, 1/2/2000, "M., N. C. c. M., N. A., sucs.", por mayoría compuesta por los Dres. Zaccheo y Brilla de Serrat, D.J. 2000-2-1195; Sup. L.L. Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal n° 4, mayo-2001.

fraudulento o simulado u otras causales aceptadas por la doctrina³⁹ –hipótesis en la cual cabe entenderla incluida dentro de la teoría de la cosa juzgada írrita-, sino por haber variado las circunstancias que llevaron a la justicia a determinar o no un determinado estado filiatorio, lo cual se verifica con el advenimiento de las nuevas pruebas científicas.

En este sentido, acertadamente se ha dicho: “La inmutabilidad de los decisorios judiciales, o sea la vocación de eternidad que tiene toda sentencia firme, sólo puede ser quebrada en los casos en que opera a) *un cambio de las circunstancias que le dieron origen al fallo...*” y, asimismo, que: “Esta limitación (temporal) se opera si consideramos que la *res judicata* no puede mantenerse cuando han cambiado con el transcurso del tiempo las circunstancias fundamentales que dieron origen al decisorio sentencial”⁴⁰, como, también: “...que en este tipo de trámite nunca se juzga de nuevo lo ya fallado porque para modificar la *res judicata*, debe existir siempre un *novum*”⁴¹.

Si una sentencia determinó o desconoció la filiación reclamada o impugnada en su oportunidad según los medios de prueba con los cuales se contaba a la época, el advenimiento de una prueba científica puede demostrar que el estado filiatorio determinado o no en la sentencia no responde a la realidad biológica, y, por tanto, puede y debe ser revisada, incluso, aunque hubiera existido, tal prueba científica no se produjo, pues se trata de una cosa juzgada *irreal*, máxime teniendo en cuenta que comporta una cuestión que, a más de las partes involucradas, tiene interés la sociedad toda.

Aunque con la lógica demora a la cual aludí anteriormente, y cuando la ciencia ya había dado a luz al ADN, el legislador se hizo eco de la prueba científica de HLA y, mediante la ley 23.264 (sancionada el 25/9/1985), modificó el Cód. Civil convirtiendo en presunciones legales sustanciales *iuris tantum* las normas de los arts. 77, que se refiere a los tiempos máximos y mínimos del embarazo, 243⁴² y 244 que establecen la presunción de paternidad matrimonial en distintos supuestos respecto del matrimonio en que fueron concebidos los hijos, ya que en la anterior redacción los arts. 240, 241, 242 y 243, establecían distintos supuestos respecto del matrimonio en que fueron concebidos los hijos, mientras que el 244 disponía que las presunciones contenidas en los artículos anteriores no admitían prueba en contrario. De ello se sigue que el propio legislador consideró que situaciones en las cuales no se podía discutir la paternidad porque así era presumida por la ley de acuerdo a los conocimientos científicos del momento en que fue sancionado el Cód. Civil, con el avance científico consideró que

³⁹ CALAMANDREI, Piero, decía: “se puede dar el caso de una sentencia que aun siendo el resultado de un proceso regular en sí, y estando inmune de cualquier defecto de construcción, haya decidido en base a un material alterado, es decir no reunido de acuerdo a la libre disposición de las partes, sino modificado por algunos influjos perturbadores que han actuado fuera del proceso” (*La casación civil*, Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1945), citado por TIERRA, *Medios de revisión de la cosa juzgada...*, ob. cit., t. II, p. 122.

⁴⁰ HITTERS, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada*, ob. cit., ps. 146 y 148.

⁴¹ HITTERS, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual*, al XX Congreso Nacional de Derecho Procesal (San Martín de los Andes, 1999), Libro de Ponencias, p. 139.

⁴² Luego modificado por la ley 23.515 adecuando la redacción al divorcio vincular que se instauraba.

podría otorgar la posibilidad de impugnar la paternidad presumida. Luego esta modificación fue complementada con la sanción de la ley 23.511 (el 10/9/1986).

Supongamos, por caso, que una añeja sentencia en su momento rechazó la pretensión de reconocimiento de la paternidad por haber considerado acreditada la *exceptio plurium concubentium* (obviamente por testigos), no puede existir titubeo alguno en que si la prueba genética de ADN demuestra su irrealidad, esto es, que el padre alegado, en realidad, es –o era- el padre biológico, la sentencia debe ser revisada y establecer la verdadera paternidad biológica. Del mismo modo, si aquella añeja sentencia, por el contrario, hubiera establecido la paternidad basada en testigos como único medio disponible a la época para probar la posesión de estado –por ejemplo-, también debe ser revisada si al hombre al cual se le adjudicó la paternidad en realidad no es –o era- el padre biológico. También cabe la misma conclusión en si se determinó o no la paternidad mediante el entonces reinante HLA pues el examen genético de ADN es mucho más preciso como fuera ya visto.

La duda se genera en aquellos casos en los cuales, aun existiendo al tiempo de promoción del proceso –o de su tramitación-, no se produjo la prueba científica de ADN

Esta situación ha tenido un buen principio de explicación: “Pero qué sucedería cuando las pruebas biológica –ADN y/o HLA- ofrecidas por una parte, no se hubiesen podido llevar a cabo, pese a la disponibilidad de la contraparte a someterse a las extracciones respectivas, por alguna de las siguientes circunstancias: a) Imposibilidad de cualquiera de las partes de afrontar los gastos derivados de la práctica pericial por el alto costo de los reactivos utilizados en su producción; o b) desistimientos admitidos por la contraparte, consentidos por el Ministerio Público y no observados por el tribunal, y en cualquiera de dichos casos se hubiese dictado una sentencia que hubiese concluido con un pronunciamiento adverso a la pretensión de reclamación o impugnación filiatoria y ésta hubiese pasado en autoridad de cosa juzgada. Considero por lo pronto que en cualquiera de estos supuestos resulta admisible recurrir a la deducción de una pretensión declarativa revisiva de sentencia firme, habida cuenta de que en cualquiera de dichos supuestos se han desconocido garantías constitucionales y de tal manera vulnerado derechos de jerarquía constitucional inalienables. [...] El derecho probatorio en materia filiatoria, en tales circunstancias, queda impregnado del derecho material indisponible que constituye el objeto de la prueba: la indagación de la verdad biológica y en su caso el efectivo respeto del derecho a la identidad”⁴³.

En mi opinión, además de los supuestos enunciados –los cuales comparto-, cabe considerar también los casos en los cuales la prueba genética de ADN no se produjo por no haberse alguna de las partes sometido al examen genético, por rehusarse expresamente o simplemente por no

⁴³ TIERRA, *Medios de revisión de la cosa juzgada...*, ob. cit., t. II, ps. 125/126.

comparecer a realizarlo. Claro está que se podrá decir, en contra, que si el renuente estuvo en la posibilidad de efectuar el test de ADN y no lo hizo, por qué habría de brindársele una segunda oportunidad.

La respuesta a este argumento la encontramos en que la negativa a rendirse al examen genético pudo estar motivada, como dije antes, por innumerables motivos: razones éticas o morales, problemas psíquicos, creencias religiosas, desconfianza en el método o en quién lo realizará, o cualquier otro, y hasta en la imposibilidad de cumplir con la prueba en el lugar del proceso donde tramita dada la situación en la que es colocado el reclamado al ser demandado ante un juez distinto al de su domicilio ya que para las pretensiones de reconocimiento de filiación se considera juez competente el del domicilio del menor.

Así, una madre, mudando su domicilio y el del menor a una ciudad distante, después de considerable tiempo, puede demandar ante el juez de su domicilio al supuesto padre y, eventualmente, lograr que éste no realice la prueba científica por la imposibilidad de trasladarse⁴⁴. También podemos mencionar los casos de artistas, deportistas, hombres famosos, etc., que hubieran tenido alguna –o algunas- relación sexual con una mujer –o más de una- conocida ocasionalmente –o no- en sus constantes viajes por el mundo debido a su actividad, incluso buscada por la mujer con la finalidad de engendrar un hijo para lograr luego todos los beneficios económicos que la paternidad alegada le

⁴⁴ Cám. Civ. y Com. 1ª Nom. Sgo. del Estero, 6/7/2005, expte. n° 262.095, “C., C. M. c. C., J. M. s/ filiación extramatrimonial”, inédito: “Que en el presente caso, no es el demandado (supuesto padre) el que muda su domicilio para obstaculizar la eventual demanda de filiación que se inició en su contra y perjudicar con ello el superior interés del menor, sino a la inversa es la madre la que cambia de domicilio y después de muchos años pretende aprovecharse de tal circunstancia para impedir el ejercicio del derecho de defensa. [...] Que el tema a dilucidar se centra en la competencia territorial en la acción de filiación. Al respecto advertimos que la acción de filiación, al no tener atribuida una competencia específica, se rige por las normas procesales generales. Por lo tanto, como se trata de una acción personal, deberá tramitarse ante el juez del domicilio del demandado por aplicación del art. 5, inc. 3, del C.P.C.C. Sin embargo, se ha entendido que en los casos en los que está involucrado el estado de un menor de edad –como en el presente caso- tal regla reconoce una excepción, permitiendo que la acción se tramite ante el juez del domicilio de éste y no del que corresponde al domicilio del demandado, por cuanto está en juego su derecho a la identidad y la necesaria protección que la justicia debe brindar a un incapaz. Nuestra Constitución Nacional (1853-1994) en su art. 75, inc. 22, incorpora expresamente y con jerarquía constitucional el Tratado Internacional de la Convención sobre los derechos del niño (aprobado por ley 23.849), que sienta un nuevo principio sobre el derecho de la identidad en cuanto establece el derecho de conocer a sus padres, al extremo de que cuando el niño carezca de identidad los Estados partes deben prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad (art. 7, 8 y preámbulo Convención cit.). En igual sentido, con jerarquía superior a las leyes nacionales, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica (aprobado por ley 23.054), protege la familia, la dignidad y el respeto a la identidad del niño (arts. 11, 17, 18 y 19 Conv. cit.) este último a través de la protección de la integridad física y moral (art. 5 Conv. cit.). Por ello las normas procesales sobre competencia quedan subordinadas en el sistema de prelación de normas que tienen rango constitucional, como es la Convención de los Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica, dentro del sistema de operatividad de nuestra Constitución. La operatividad de la Convención de los Derechos del Niño permite la posibilidad de apartarse de las reglas generales de competencia y poder defender el interés derivado del derecho de familia ante el juez del dominio del menor. Es que, mantener la aplicación de las pautas genéricas contenidas en el art. 5, inc. 3, del código de forma, implicaría obligar al menor a incurrir en diligencias costosas para poder reclamar su filiación, realidad que no se compadece con la protección primordial de la que es sujeto, de acuerdo con lo establecido por la ley 23.849, de raigambre constitucional. En tal sentido, puede citarse la doctrina del pronunciamiento de la Cámara Nac. de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, sala I, del 26/12/1995 (interlocutorio 1089659), referida por el Sr. Fiscal en su dictamen, cuando expresa: «...La posibilidad de apartarse de las reglas generales de la competencia...»”.

deparará a ella y a su hijo, caeremos en la cuenta de que no se les puede exigir en estricta justicia que, para que no se los considere padres, se deban someter a exámenes genéticos alrededor del mundo en cada lugar donde le ha sido reclamada la paternidad de un menor por la madre a quien, incluso, pueden no conocer.

No interesa, pues, considerar si la causa aducida para negarse a realizar el examen genético era justificada o atendible, toda vez aunque no se hubiere alegado ninguna causa, lo relevante, lo trascendente, lo que realmente importa, es que se estableció una filiación *irreal*.

¿Qué sucedería si después de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que estableció la filiación a partir de una negativa a someterse al examen genético, apareciera el verdadero padre –o madre- biológico por haberse realizado un test de ADN voluntariamente o, aun, accidentalmente? Lógicamente no se podrá argüir que la cosa juzgada en que pasó la sentencia debe ser mantenida, porque una persona solamente puede tener un padre –o madre-, y el derecho a tenerlo y conocerlo es un derecho humano inherente a la personalidad de cada persona, en tanto se trata de su propia identidad (arts. 11, 17, 18 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica-, [aprobada por ley 23.054], y arts. 5, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño [aprobada por ley 23.849], que fueran incorporadas al art. 75, inc. 22, de la Constitución nacional por la reforma de 1994, otorgándoles jerarquía superior a las leyes).

Por otro lado, quien no realizó la prueba genética en su momento por el temor a su resultado positivo, en verdad, no se le estaría brindando una segunda oportunidad, pues sabedor de su paternidad biológica, no intentará la revisión de la sentencia que así lo determinó.

En caso de que la sentencia que se dicte en el nuevo proceso deje sin efecto la del anterior, toda vez que se trata de una sentencia *constitutiva*, en tanto y en cuanto establece un estado filiatorio nuevo y distinto al que existía, sólo producirá efectos hacia el futuro (*ex nunc*).

V. Ponencias.

En virtud de todo lo dicho, someto a la consideración de este Honorable Congreso las siguientes cuestiones:

1. Reconocer la posibilidad de que una sentencia dictada en materia de filiación que hubiese pasado en autoridad de cosa juzgada material, pueda ser revisada mediante una pretensión autónoma revisoria en caso de mediar una prueba científica que pueda establecer lo contrario a lo antes decidido.
2. La posibilidad del punto anterior también será de aplicación a los casos en los cuales, aun existiendo al tiempo de promoción del proceso –o de su tramitación-, no se hubiere producido la

prueba científica aludida, aunque ello se hubiere producido por negativa expresa a someterse a ella.

3. Recomendar la incorporación y reglamentación a los Códigos Procesales de la pretensión autónoma revisora de cosa juzgada *irreal* en casos de filiación.
4. La regulación legal de tal pretensión autónoma revisora deberá prever la realización de la prueba científica en genética más avanzada que se conozca y la presunción legal procesal en contra del renuente a realizarla.
5. Recomendar que la pretensión autónoma revisora de cosa juzgada *irreal* en casos de filiación, hasta tanto sea prevista legislativamente, sea tramitada por el canal que permita la mayor amplitud de discusión y prueba en el Código Procesal local.



UNIDAD II: PROCEDIMIENTO DE LA PRUEBA CIENTÍFICA

2) Prueba científica y decisión judicial (Unas anotaciones propedéuticas). Juan Igartua Salaverría .

PRUEBA CIENTÍFICA Y DECISIÓN JUDICIAL (UNAS ANOTACIONES PROPEDEÚTICAS) ⁽¹⁾

Por JUAN IGARTUA SALAVERRÍA

Diario La Ley, ISSN 1138-9907, N° 6812, 2007

Revista: La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación Datos Fuente: 2007, (5): 994-1000, 49 Ref CopyRight: © CSIC. Base de Datos ISOC. Todos los derechos reservados.

Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad del País Vasco

Se trata de censar y censurar, en una pequeña miscelánea, algunas prácticas erróneas en la valoración judicial de las «pruebas científicas», tan diversas como la asimilación del experto al testigo, el desinterés por el conocimiento científico, la dejación de responsabilidades en manos de los expertos y algunos usos indebidos del concepto de «causa».

Con este haz de observaciones, muy limitadas de proporciones y de pretensiones, persigo no obstante sumar una aportación mínimamente útil al esfuerzo que, tanto en el ámbito académico (2) como en el judicial (3), se viene realizando en los últimos tiempos al objeto de sacudirnos de encima la cómoda indolencia en la que nos ha sumido una prevalente línea jurisprudencial, consistente en valorar el resultado científico --como subraya un sagaz y concienzudo magistrado-- «mediante la aplicación de fórmulas generales (sana crítica, libre convencimiento, prudente arbitrio) y, en el mejor de los casos, de cánones singulares (racionalidad conclusiva, cualificación del perito, claridad expositiva, ausencia de contradicciones internas o externas) que nada tienen que ver con las condiciones exigidas por el método científico para que una conclusión o hipótesis pueda ser tenida como aproximativamente fiable o segura» (4). Y esa carencia de rigor está en abierto contraste con la importancia de los intereses prácticos (que responden, para empezar, a bienes primarios de la persona --la vida, la salud, el medioambiente, etc.-- , y a otros que también son neurálgicos) para cuya satisfacción tan decisivo es el riguroso uso del variado utillaje (nociones, teorías, métodos, técnicas) al que nos solemos referir con la genérica denominación de «prueba científica» [que, en rigor, se usa para designar bien un *elemento de prueba* --p. ej. análisis genéticos para probar la paternidad-- o bien una *inferencia* que relaciona un elemento de prueba con el hecho a probar (5)].

Ahora bien, dado el carácter básico del presente escrito, forzosamente habré de renunciar a marcar una serie de peculiaridades específicas que --p. ej. en lo tocante al acceso del conocimiento científico al proceso-- distinguen al proceso civil del proceso penal o, ya dentro de éste último, la fase de investigación de la fase plenaria (6); facetas éstas y otras que se modulan distintamente por las leyes procesales de cada país. Interesa aquí, más bien, poner el acento sobre rasgos de común denominador, aunque soy consciente de que lo que vaya a decir no valdrá indistintamente ni por igual respecto de todo; lo que, sin embargo, tampoco obsta a que determinadas directrices ideadas para un propósito (p. ej. para la *admisibilidad* de las «pruebas científicas» en el sistema de *common law* --como sucedía con el *caso Daubert*-- (7) sean de rentable aplicación para otro cometido distinto (el de la *valoración* de las susodichas pruebas en los sistemas de *civil law*) (8). En fin, como confío en el discernimiento (y, sobre todo, en la benevolencia) de quien me lea, me permito el ahorro de más puntualizaciones.

I. UN MALENTENDIDO INICIAL

Por lo común, la introducción de los conocimientos científicos en el proceso se efectúa a través de las declaraciones prestadas por expertos y peritos (bien contratados por las partes o

nombrados por el juez); y eso suele inducir a que tales declaraciones sean valoradas por el juez de conformidad con los consuetos y tradicionales esquemas utilizados en la valoración de las declaraciones de los testigos corrientes o de los propios imputados (9); a lo que, encima, se acostumbra adicionar la invocación del principio de «inmediación» para así restringir (si no impedir) el control sobre la valoración de la prueba pericial tanto en la segunda instancia (cuando no hay repetición de prueba) como en la casación (10).

Es de universal aceptación que, cuando de pruebas declarativas (es decir: consistentes en declaraciones) se trata, la valoración de las mismas presenta dos facetas: la acreditación (o desacreditación) del *declarante* y la acreditación (o desacreditación) de la *declaración*. Sin embargo, en la valoración de un testimonio normal y corriente acostumbra a contar más lo primero que lo segundo, dándose primacía a la *sinceridad* de la fuente de prueba (a la correspondencia entre lo que *piensa* y *dice* el declarante) sobre la *veracidad* (la adecuación entre lo que se *dice* y la *realidad*); y, respecto de lo segundo --en esa misma línea-- se otorga importancia tanto al componente *verbal* como al *prosódico* o no-verbal (expresividad, gestualidad, tono, actitud, etc.) que acompaña a la declaración.

Esto no es trasladable a la valoración de un informe o de un dictamen realizado por un perito o por un experto. Ello supondría olvidar que la credibilidad personal del perito no equivale a su credibilidad en el plano científico (la cual se establece con independencia de la calidad personal del declarante y, en principio, sólo en base a si su informe concuerda con el conjunto de conocimientos que tiene por acreditados el colectivo de los especialistas). Por tanto, **lo relevante en la valoración de lo que declara el perito o el experto no es el gesto, la rotundidad o la expresión facial del declarante sino la corrección de sus conclusiones** (11), la cual tampoco **puede fundarse** --como en cambio acontece en la valoración del testimonio-- en la genuinidad y atendibilidad del recuerdo sino sobre **la confutabilidad de la declaración en términos rigurosamente científicos** (12) **(lo cual explica la previsión legal de que el juez pueda auxiliarse de un perito de oficio, cosa que no ocurre cuando de la valoración de un testimonio se trata).**

El olvido de característica tan idiosincrásica explica que, de ordinario, no afloren cuestiones tan pertinentes como estas tres (13): ¿qué conocimientos -presuntamente científicos- están de verdad dotados de validez científica? ¿cómo atribuir fiabilidad a las opiniones que expresan los expertos en el proceso? ¿qué criterios básicos ha de adoptar el juez en la valoración de las pruebas que involucran conocimientos científicos? Son preguntas que nos brindan la oportunidad de encararnos con un segundo y desatendido problema.

1. La ciencia que ingresa en el proceso

En realidad, la ciencia (o lo que, en cada época, se entendía por «ciencia») siempre ha estado presente en el proceso. No obstante, esa presencia se acrecienta en la actualidad al menos por dos factores (14). Por un lado, muchos ámbitos en los que, en el pasado, se enseñoreaba el sentido común hoy han entrado en el dominio del conocimiento científico [o, también, conocimientos originariamente científicos que se han integrado en la cultura del hombre medio han sido desbancados por el progreso de las ciencias (15)]. Por otro, la incursión de las ciencias y de la tecnología en la vida cotidiana ha propiciado el surgimiento de problemas jurídicos directamente conectados con el uso de la ciencia y de su correspondiente arreo (métodos, técnicas, test, aparataje, etc.) que implican lógicamente cuestionamientos específicos.

Esto hace insostenible, hoy más que nunca, el tradicional distanciamiento entre «ciencia» y «proceso» [como si de *dos culturas* se tratara (16)], así como la obsoleta visión de la ciencia que --alentada por esa distancia-- ha prosperado entre los jueces; la cual se traduce, primero, en una visión *parcial* (desconociendo que nuevas áreas del saber han adquirido el estatuto de

«ciencia» (17), no sólo las antañonas ciencias duras) y, después, en una visión *idealizada* de aquélla [la ciencia como símbolo de la certeza y verdad absolutas (18)].

A) Respecto de lo uno, como la ciencia se expande a expensas del sentido común, la ignorancia respecto de informaciones técnico-científicas contribuye a que los jueces desconozcan que hechos relevantes en un juicio sólo pueden ser probados recurriendo a conocimientos o métodos científicos y se obstinan en fundar su convencimiento sobre otro material probatorio distinto (p. ej. orillando las pruebas genéticas para verificar la paternidad con el pretexto de que a ese mismo resultado cabe llegar empleando otros procedimientos). Y, de rebote, se extiende lo más posible el área de una incontrolada valoración discrecional del juez [que funciona como *cobertura ideológica* para legitimar comportamientos elusivos de obligaciones judiciales (19)], infravalorando así la contribución de elementos de prueba dotados de un fuerte y a veces hasta decisivo valor probatorio (20).

B) Concerniente a lo otro, el desinterés y la desinformación acerca del valor y de la corrección de metodologías para la obtención de resultados científicos alienta la tendencia de los jueces a utilizar acríticamente los susodichos conocimientos bajo la presunción de que la titulación académica del experto (y su consiguiente inscripción en el colegio oficial del ramo) constituye una garantía de competencia, por lo que el juez renuncia a verificar el grado de atendibilidad probatoria de los elementos suministrados por aquél en orden a la resolución de la controversia (21).

Al socaire del desentendimiento de los jueces por el conocimiento científico y la consiguiente mitificación de éste, la prueba científica se ha convertido (sobre todo en los Estados Unidos) en un lucrativo negocio para laboratorios y expertos, quienes se anuncian en la prensa ofreciendo sus servicios a cambio de elevadas retribuciones. De esa manera, se ha creado un mercado de la prueba científica en el que no es fácil distinguir los informes dotados de validez científica y la *junk science* ofrecida por charlatanes y pseudoexpertos.

Precisamente en la jurisprudencia estadounidense (y que, en esta materia, se toma como guía en Europa) se inició un intento por introducir la racionalidad entre tanta confusión (22). En una primera etapa, se tomó como criterio la *cualificación* profesional del experto (cuanto más alta fuera ésta, más atendible sería su declaración), sin caer en la cuenta de que, normalmente, el experto declara a favor de quien le paga. En un segundo momento, se optó por la *general acceptance* (prefiriéndose las declaraciones basadas en teorías o métodos que fueran más aceptados entre los científicos de la especialidad), pero que fue criticada por su carácter conservador (ya que puede haber teorías y técnicas científicas que no gozan de aceptación general porque son nuevas y todavía no han sido suficientemente difundidas). Finalmente, setenta años después --en 1993 (*Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.*)--, la Corte Suprema, al examinar una demanda por daños causados a un neonato porque su madre ingirió durante la gestación un determinado fármaco, establece un criterio compuesto por dos premisas generales y cuatro requisitos. Las premisas son: a) en la ciencia no hay certezas y los científicos buscan nuevas teorías (siempre provisionales) para explicar del mejor modo posible los fenómenos observados; b) la validez científica para un determinado objetivo no implica necesariamente validez para otros objetivos relacionados con el primero. De su lado, los cuatro requisitos son del tenor siguiente: a) la controlabilidad y la falsabilidad de la teoría sobre la que se funda la prueba; b) la determinación del porcentaje de error que tiene la técnica empleada; c) la existencia de un control ejercido por otros expertos a través de la *peer review*; d) la existencia de un consenso general en torno a la validez de la teoría y/o técnica entre los científicos del gremio.

Lo más sustancioso de la «doctrina Daubert» (23) reside, en mi opinión, en la premisa b) y en los requisitos a) y b) respectivamente. Merecen, por tanto, una pequeña glosa.

Decía la premisa señalada que la validez científica de una teoría para un objetivo determinado no supone su validez para otros objetivos. Por ejemplo, es verdad que la física mecánica de Newton recibió un duro golpe de teorías posteriores (como la mecánica cuántica y la teoría de la relatividad), las cuales valen para describir el comportamiento del mundo físico en escalas de magnitud y de velocidad en las que no sirve la mecánica de Newton. No obstante, las leyes de Newton funcionan todavía hoy excepcionalmente bien para el mundo común y son extraordinariamente útiles para casi todas las tareas de la ingeniería, de manera que nadie usaría hoy la mecánica cuántica para diseñar un puente (24).

Ahora bien, la idoneidad de una teoría para un determinado fin pasa por el cumplimiento del requisito a); es decir, que la teoría sea controlable y resista a las pruebas de falsación. Es posible que la Corte Suprema de los EEUU tuviera presente algunos procesos que acabaron con sentencias de condena, fundadas bien en hipótesis escasamente confirmadas o bien en hipótesis bastante confirmadas pero no sometidas a intentos de falsación (25). Y, a ese respecto, la «doctrina Daubert» nos recuerda (nombrando a *Hempel*) que las afirmaciones que constituyen una explicación científica deben ser verificadas empíricamente, así como que (citando nominalmente a *Popper* esta vez) el criterio del estatus científico de una teoría estriba en su falsificabilidad o confutabilidad.

El requisito b) establecido por la Corte norteamericana apunta la necesidad de fijar la tasa de error (conocida o potencial) de la técnica empleada. Como ninguna técnica es perfecta, por eso deben ofrecerse informaciones acerca de su tasa de error. Una técnica con una tasa de error desconocida es, probablemente, una técnica que no ha sido comprobada adecuadamente y, por ello, el informe que se base en ella no merece atendibilidad, pese a la tendencia general entre expertos de subestimar sus propios errores y no calcular los errores potenciales.

Los criterios citados podrán ser compartidos o criticados (26), pero alertan a los jueces sobre la necesidad de verificar la calidad de la ciencia que se aporta ante los tribunales, pues como decía el juez *Weinstein* --cuya opinión recoge la sentencia Daubert-- las pruebas presentadas por los expertos pueden ser importantes pero también desorientadoras a causa de las dificultades para valorarlas; de ahí que el juez haya de ejercer un control mucho mayor sobre los expertos que sobre los testigos normales.

2. La credibilidad de los expertos

Aunque, como vengo insistiendo, la credibilidad de un experto dependerá fundamentalmente de la fiabilidad de su informe, no es inútil analizar brevemente la función institucional de los científicos (sean de parte o llamados por el juez) en el proceso ya que este aspecto tiene una incidencia en el tema que me ocupa.

A) Cuando los expertos son propuestos por las partes, éstas los eligen como fuente de conocimientos científicos útiles para la decisión. Y siendo las partes las que pagan a los expertos, éstos tenderán a orientar su testimonio a favor de «su» parte; en cuyo caso, las nociones técnico-científicas que se empleen pueden resultar de dudosa objetividad (riesgo que se acentúa cuando se utilizan conocimientos de naturaleza incierta o de gran complejidad); además de no ser infrecuente que los propios expertos mientan sobre su propia cualificación, sobre sus títulos académicos, sobre las investigaciones efectuadas a lo largo de su carrera, entorpeciendo de ese modo la valoración judicial sobre la solvencia de la *expertise* (27).

No siempre los expertos corruptos actúan con descaro pues hay maneras más sutiles de comportarse con parcialidad: forzando los datos disponibles, excluyendo datos contrarios a los intereses de la parte a la que se asesora, mutilando trabajos científicos que se citan, presentando como dominante una corriente de pensamiento minoritaria, ocultando la tasa de error de la metodología empleada, etcétera (28).

B) Lo dicho sobre los peritos de parte, a veces también se extiende a los laboratorios de la policía, fábrica de impresionantes falsedades [como las del Dr. *Erdmann*, un patólogo que a lo largo de diez años había realizado falsas autopsias, confirmando siempre la hipótesis acusatoria y contribuyendo decisivamente a que se dictaran veinte condenas a muerte (29)], sin contar con otras escandalosas falsificaciones policiales relacionadas con las pruebas científicas [p. ej. referidas a las huellas dactilares (30)]. Debería revisarse, por tanto, la propensión de muchos tribunales a depositar su apriorica y ciega confianza en los dictámenes emitidos por organismos oficiales en razón de que éstos no tienen interés directo en adoptar una u otra postura (31).

C) El desasosiego que al juez le provoca su desconocimiento de los saberes científicos puede empujarle a refugiarse en otra presunción: si el ministerio público (el fiscal) es imparcial, el experto que actúa a su servicio también lo será; por tanto habrá de aceptarse lo que ése diga en su informe. Es frecuente englobar tanto al juez como al fiscal bajo una misma palabra: «autoridad»; eso explica el equívoco, bastante frecuente, de nombrar al ministerio público como «órgano de la justicia» o «parte *sui generis*»; como si el fiscal gozara de una presunción de rectitud propia de una autoridad judicial promotora de la justicia, olvidando así que el proceso penal tiene la estructura de un auténtico proceso de partes, una de las cuales es efectivamente el ministerio público y que, por tanto, éste desempeña una función concretamente parcial. Y, así las cosas, sería gratuito presumir que, por definición, los peritos de la acusación pública se sustraen a la psicología acusatoria inevitablemente unida al papel institucional del ministerio público (32). Sin que quepa excluir, encima, que la corrupción también acecha al experto del fiscal, pues cuando se nombra regularmente a los mismos asesores técnicos se corre el riesgo de que la expectativa de un vínculo económico estable merced a una reiterada colaboración con la acusación pública acabe corrompiendo la objetividad y seriedad del experto (33).

D. Entran en consideración finalmente los peritos nombrados por el propio juez. Parece que aquí sobrarían las cautelas con las que han de tomarse los informes y declaraciones de los expertos de parte y de los nominados por el ministerio fiscal (que, en realidad, son también de parte) ya que, ahora, es el juzgador (éste sí verdaderamente imparcial) el que designa de oficio a un perito. Si a eso se añade que sería una paradoja que el juez valore *ex post* unos conocimientos técnico-científicos que no poseía *ex ante* [precisamente por eso nombró al perito (34)], surge la razonable pregunta de si es legítimo que el juez acepte sin discusión las conclusiones del perito que él ha nombrado [y mucho más si el nombramiento se efectúa al azar (35)]. La respuesta ha de ser, sin embargo, radicalmente negativa, pues el juez, que se somete automáticamente a la autoridad del perito, además de convertir a la pericia en una figura de prueba legal (36), está renunciando a uno de los presupuestos fundamentales de la decisión judicial, el que el poder decisorio corresponde en exclusiva al juez (37). Pero lo dicho requiere el suplemento de algunas consideraciones (38).

De inicio está la decisión del juez relativa a la conveniencia de nombrar o no a un perito. Según apunté más arriba, por lo general los jueces están persuadidos de que necesitan de algún perito cuando se trata de cuestiones pertenecientes a las ciencias duras, pero a veces desconocen la extensión de la ciencia a otros dominios y creen que no es necesario el informe de un psicólogo, de un sociólogo, etc., ignorando que los análisis de las ciencias humanas y sociales divergen de los criterios del sentido común y, por ello, prescinden de los peritos de turno.

Si el juez reconoce no disponer de los conocimientos adecuados, asoma una segunda cuestión: la elección del experto. Al respecto, las normas procesales acostumbran a ser lacónicas, exigiendo p. ej. que el experto posea un «título oficial», y quizás que guarde «una conducta moral intachable», o incluso que preste juramento de proceder bien y fielmente en sus operaciones (39); pero son normas que priorizan más bien un principio de «neutralidad» despreocupándose de un control eficaz sobre la cualificación profesional del perito (40) y quizás éste no tenga la altura científica requerida por las dificultades a resolver. En ello reside el grado de «atendibilidad extrínseca» que merece su informe.

La tercera cuestión --esta vez relacionada con la «atendibilidad intrínseca» (41)-- afecta al desarrollo de la pericia. El éxito de ésta depende de dos condiciones: primera, que el juez formule al perito preguntas pertinentes y precisas (pues todos sabemos que las respuestas están condicionadas por las preguntas); segunda, que el informe del perito se someta al contradictorio [pues es un método que opera no sólo en la formación de los elementos de prueba sino también sobre la selección de los criterios para su valoración (42)], de manera que la confrontación permita a las partes (a través de sus expertos) controlar y criticar los resultados a que ha llegado el perito de oficio mediante la discusión de sus fundamentos.

La cuarta cuestión está conectada con la motivación de la sentencia. Incluso en los sistemas en que ésta es obligatoria, la jurisprudencia --entre otras prácticas más censurables todavía (43)-- tiende a facilitar el trabajo del juez liberándolo de motivar la valoración sobre el asesoramiento del perito de oficio, salvo que las partes hayan manifestado críticas precisas y eficaces a aspectos esenciales del informe pericial; orientación jurisprudencial más que discutible si no se exige al juez justificar por qué considera imprecisas e ineficaces las críticas formuladas por los expertos de parte o por qué éstas afectan sólo a aspectos intrascendentes del informe.

3. Algunas falacias a evitar

Como es ingente la cantidad de problemas metodológicos a que da lugar el uso de las «pruebas científicas», me fijaré sólo en algunas falacias circunscritas a la determinación del «nexo de causalidad» (44); dominio en el que --por otra parte-- confluyen el par de cautelas subrayadas hasta ahora: primera, la referente a la fiabilidad del experto de turno (que --con tal de que prosperen sus puntos de vista-- puede inducir al engaño, en este ámbito, con referencias promiscuas al concepto de «causalidad»); segunda, de índole epistemológica (y que permitirá, en cada caso, especificar la naturaleza --nomológica, estadística, etc.-- de la presumible relación de «causalidad» entre un fenómeno y otro) (45).

A) La más palmaria muestra de metodología pervertida encuentra acomodo p. ej. en una célebre sentencia de nuestro TS en 1992 (el *caso de la colza*) cuando, a la alegación de los recurrentes de que el análisis químico no había identificado el elemento tóxico del aceite comercializado ni el análisis epidemiológico ofrecía correlaciones concluyentes, el alto Tribunal respondía: «La jurisprudencia de esta Sala (de lo Penal) ha hecho referencia también a la cuestión de la prueba de los llamados "cursos causales no verificables" (...) y ha sostenido que la demostración propia del Derecho es distinta de la científico-natural, en tanto no supone una certeza matemática y una verificabilidad excluyente de la posibilidad de lo contrario, sino simplemente la obtención de una certidumbre subjetiva (...). Por lo tanto, habría que admitir la prueba cuando se haya logrado la obtención de la nota de la probabilidad propia de las ciencias del espíritu, con deducción que se muestre como la racional y lógica dentro de tales parámetros epistemológicos».

Al margen de la obsolescencia de esta dicotomía (ciencias de la naturaleza/ciencias del espíritu) acuñada en el XIX alemán, en el citado argumento del TS se deslizan una serie de elementos racionalmente fraudulentos. Para empezar, es inexacto que la ingesta de aceite de colza y el desencadenamiento del síndrome tóxico sea un ejemplo de curso causal «no verificable»; como mucho nos encontramos ante un curso causal todavía «no verificado» (pero, en principio, tampoco cerrado a la verificación). Después, resulta impropio el concepto de «demostración» (por específico que pretenda ser) atribuido al Derecho (y no sé si a toda la parentela de las ciencias del espíritu). Además, la abusivamente global inclusión del razonamiento jurídico (como si éste fuera homogéneo) dentro de las «ciencias del espíritu» olvida la naturaleza de la cuestión a resolver (la relación entre el consumo de un producto y unos gravísimos desarreglos en el organismo humano), genuina de las «ciencias de la naturaleza». Encima, tampoco se define cuál es --si existe-- «la nota de probabilidad propia de las ciencias del espíritu». Y, para colmo, la grandilocuente alusión a los «parámetros epistemológicos» de las ciencias del espíritu

finalmente parece resolverse en la pírrica «obtención de una certidumbre subjetiva» (por mucho que ésta --como puntualiza el TS-- deba fundamentarse en algo más sólido que las «simples sospechas» o las «apariencias»). ¿Y para semejante viaje tantas alforjas?

B) Mayor fuste exhibe una segunda falacia consistente en afirmar la existencia de una relación causal por la exclusión de otras relaciones causales alternativas. El argumento, si retomáramos el caso de la colza, podría expresarse así: dado que, entre los productos que ingirieron los afectados por el síndrome tóxico no se conoce ninguno (dejando de lado el aceite mezclado con anilina) al que atribuir la causa del envenenamiento, de ahí se infiere que el aceite adulterado fue el causante de la enfermedad. Tal razonamiento demanda un par de comentarios.

Para empezar, habría que conocer el listado entero de las causas que, en un contexto dado, pueden producir un determinado efecto (contando con la latencia de ciertos eventos que producen efectos al cabo de mucho tiempo), sin lo cual no existe seguridad de que se hubiere excluido la intervención de todas las posibles causas menos la de una. Y ese conocimiento no puede abandonarse a las facultades intuitivas y personalísimas del juez (46).

Pero, sobre todo, la eliminación de las causas alternativas sería rentable si el evento causante no eliminado tuviera acreditada una relación de causalidad con el evento resultante, no así si la relación de causalidad entre un evento y un resultado fuera incierta o desconocida. Es decir, la eliminación resulta apropiada para *seleccionar* como causa de un concreto efecto a un determinado evento (entre los eventos aptos para producir el resultado) pero no para *conferir* el estatuto de causa a un determinado evento cuya aptitud para producir tal resultado nos es desconocida. No es lo mismo decir «esto (y no otra cosa) es la causa de aquello» que «esto es la causa (y no otra cosa) de aquello». P. ej. supongamos que la rotura de un hilo pueda deberse a tres causas distintas: a que se le aplique una fuerza de tracción superior a su grado de resistencia, o al corte de una tijera, o mediante combustión por el contacto con la llama de un fósforo; si deseamos conocer cuál de esas tres causas ha producido la rotura de este hilo concreto habrá que proceder por eliminación: si el corte no es neto se desecha la hipótesis de la tijera, si el hilo no está chamuscado se descarta la hipótesis de la cerilla, y así sucesivamente. Ahora bien, la eliminación de los cursos causales alternativos es una operación que *completa* el requisito previo de haber censado las causas que pueden entrar en liza, pero que no lo *sustituye*. En efecto, sigamos suponiendo que, contando con un conjunto de antecedentes de naturaleza estadística *a, b, c, d, e...n*, hayamos excluido como causa de *X* la intervención de *b, c, d, e...n*; ¿sería legítimo considerar que, debido a su carácter residual, el antecedente *a* es la causa del resultado *X*? No, porque para ello sería preciso indicar cuáles son las razones por las que *a* ha sido introducida en el conjunto de los antecedentes relevantes. Sin ellas, incurrimos en la circularidad (47), pues se daría por demostrado lo que requiere demostración. Es lo que ilustra a la perfección la historieta del «científico bebedor» (48) que el lunes consume *whisky* con tónica, el martes *bourbon* con tónica, el miércoles *brandy* con tónica, el jueves *ron* con tónica, el viernes *ginebra* con tónica..., y como invariablemente termina ebrio todos los días de la semana, atribuye la causa de sus borracheras al único elemento invariable de sus combinaciones: la tónica.

C) Pero, en el establecimiento de la relación de causalidad entre *a* y *X*, cabe sucumbir a las asechanzas de otra falacia: la que enmascara la diferencia entre causalidad *general* y causalidad *individual* (o específica).

La causalidad general permite establecer una conexión entre dos tipos de eventos, según la cual, en una población determinada, la verificación de un evento de cierto tipo hace más probable la verificación de un evento de otro tipo (p. ej. es más probable que quien fuma --evento uno-- contraiga un cáncer de pulmón --evento dos--). Es decir, el nexo de causalidad general consiente afirmar que un *tipo* de evento puede determinar la aparición de otro *tipo* de evento en el ámbito de una población dada.

La causalidad individual, en cambio, establece que, en una situación concreta, un hecho *específico* ha sido causado por otro hecho *específico* (p. ej. la autopsia ha demostrado que Fulano padecía cáncer *porque* fumaba tres cajetillas de tabaco al día).

Aun siendo suficientemente clara esta diferencia, a menudo se confunden ambos conceptos de causalidad, ignorando que de una correlación de causalidad general no se deriva la existencia de un nexo de causalidad individual (p. ej. hay fumadores empedernidos que no enferman de cáncer; por eso Fulano bien podía tener cáncer pulmonar no porque fumara tres cajetillas diarias sino porque trabajaba con amianto). O sea, la causalidad general se refiere a *clases* de eventos y no a eventos *singulares* y sirve para hacer *previsiones* y no para dar *explicaciones* de hechos singulares ya acaecidos. Y conviene acentuar que es la causalidad individual la adecuada para los fines del proceso [al menos del penal; en el proceso civil la situación es más compleja (49)].

¿Cómo se prueba la existencia de un nexo causal individual? Pensemos en el enunciado «*a* es la causa de *X*», el cual consta de tres elementos: 1) el evento que se indica como causa (es decir *a*); 2) el evento que se toma como consecuencia (o sea *X*); 3) el nexo causal que conecta esos dos eventos señalando cuál de ellos es la causa y cuál la consecuencia. Los dos eventos (*a* y *X*) son realidades empíricamente observables cuya existencia no presenta, en principio, dificultades de prueba. No así el nexo causal, que no es observable ni perceptible; pero que, pese a todo, puede ser probado por vía inferencial demostrando que existe una ley «de cobertura» referible a ese caso específico (p. ej. si explota el radiador, estando lleno y con el tapón bien enroscado el depósito de agua de un coche aparcado a la intemperie durante una noche de frío siberiano, la ley física de que el volumen del agua aumenta si ésta se congela explica lo acontecido).

D) Pero ¿qué sucede si se intenta tender un nexo causal cuando no hay una relación directa y simple entre un efecto y la causa que lo desencadenó? Es decir, no es raro que una causa *a* produzca un efecto *b* que, a su vez, se constituye en causa del efecto *c*, y así sucesivamente. Se trata de un terreno abonado para que emerja una nueva falacia, producto del contubernio de las dos anteriores (o sea: exclusión de causas alternativas y uso de la causalidad general). Véase.

No siempre resulta fácil reconocer la totalidad de los eslabones de una cadena causal. Sin embargo, no debe renunciarse a la identificación de los eslabones principales sin los cuales el evento no se hubiera producido. Un ejemplo real: una monja bosnia fue violada por soldados rebeldes en Kosovo y, sin que mediara exposición al virus del sida distinta del contacto sexual, sufrió la susodicha infección. Algunos pensaron que, en este caso, la estadística era apta para ofrecer una explicación causal de lo sucedido. Pues no. Aquí no existe explicación causal porque no se identificaron los mecanismos causales que ponían en relación la causa (la violación) con el efecto (la infección), cosa que era factible conseguir: el análisis de la sangre y del semen del agresor permitiría verificar que éste padecía una infección en estado especialmente avanzado y que las concentraciones del virus en sangre y semen eran particularmente elevadas; después, las inspecciones en las personas del agresor y de la víctima consentirían apreciar lesiones ulcerosas en el agresor y lesiones traumáticas en la vagina de la víctima; lo que daría pie a sostener que la relación sexual violenta produjo el sangramiento de las mucosas de víctima y agresor; por efecto del cual, el virus presente en altas concentraciones en sangre y semen del agresor entró en contacto directo con la sangre de la víctima; y de esa manera se verifica la penetración del sida en el organismo de la víctima a través de unas células bien determinadas y el posterior surgimiento de la infección.

Por tanto, la descripción del itinerario causal concreto (al menos en sus etapas más importantes) que vincula una causa determinada con un efecto particularizado es requisito básico para sostener que tal acción (u omisión) de Fulano es la condición *sine qua non* de que se haya producido tal efecto.

Es seguro que un acucioso análisis de la jurisprudencia (no sólo española) aumentaría el elenco de negligencias y errores en los que a veces incurren los tribunales, pero de momento ya basta.

(1) Resumen de un texto escrito en el marco del Proyecto I+D SEJ 2004-01947 («Responsabilidad por daños: modelos de sujeto y estándares de enjuiciamiento»).

(2) El último trabajo que conozco corresponde a GASCÓN ABELLÁN, M., «Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2007, núm. 15.

(3) Sirvan de ejemplo (a imitar, no sólo como muestra) ZUBIRI DE SALINAS, F., «¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen del experto», *Jueces para la Democracia*, 2004, núm. 50; y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?», *Jueces para la Democracia*, 2005, núm. 54.

(4) HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico...», pág. 73.

(5) LOMBARDO, L., «Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile», *Rivista di diritto processuale*, 2002, núm. 4, págs. 1090 y 1098-1099.

(6) Sobre ambos asuntos, y en lo que respecta al ordenamiento español, la persona interesada encontrará atinados análisis en el ya citado HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico...», págs. 76-80.

(7) La atención de las *Federal Rules of Evidence* (núms. 702-706) referidas al *expert testimony*, aprobadas en 1975 y enmendadas en el 2000, se centra casi exclusivamente en la primera fase del procedimiento probatorio (la de la admisibilidad de la *scientific evidence*) con la manifiesta intención de esterilizar el riesgo que las características del estilo *adversary* puedan contaminarse con operaciones técnico-científicas incomprensibles, confusas, no verificables, sugestivas y prejuiciosas para el correcto examen por parte del jurado, a quien está atribuido el efectivo papel de *trier of fact* (CANZIO, G., «Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel proceso penale», en VV. AA., *Decisione giudiziaria e verità scietifica*, Milán, 2005, págs. 3-4. Véase igualmente DAMASKA, M. R., *Evidence Law Adrift*, New Haven-Londres, 1997, págs. 41-46.

(8) CANZIO, G., «Prova scientifica...», pág. 9. También ANSANELLI, V., «Problemi di corretta utilizzazione della "prova scientifica"», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, núm. 4, pág. 1350.

(9) Sirva como ilustración famosa la decisión del juez Marvin Shoob, en el caso *Wells v. Ortho Pharmaceutical Corporation* (referida en JASSANOFF, S., *Science at the bar: law, scinc, and technology in America*, Boston, 1995, pero que yo la tomo de HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico...», pág. 73 nota 2), sobre una reclamación de más de cinco millones de dólares porque un espermicida fabricado por la citada empresa farmacéutica había causado graves malformaciones a la hija de la señora Wells. El juez, que concedió la indemnización demandada, valoró positivamente el dictamen del doctor Buehler (contratado por Wells) porque su exposición fue detallada, porque mantuvo el mismo parecer a lo largo de su declaración y porque su conducta como testigo fue excelente (dando una respuesta equilibrada a todas las preguntas, traduciendo los términos y los resultados científicos a un lenguaje comprensible y sin dar muestras de prejuicio o de querer favorecer a alguna parte). El juez, en cambio, no concedió crédito a un importante experto de la corporación farmacéutica porque hubo diferencia entre la aparente firmeza mostrada cuando fue interrogado por el abogado de la empresa y el tono más incierto de sus respuestas a las preguntas de la parte contraria, porque se mostró desconsiderado

con los abogados de la demandante y porque expresó sus conclusiones en términos absolutos. Podrá apreciarse que en el entero razonamiento del juez no hay atisbo de valoración ni sobre la pertinencia y corrección de las técnicas empleadas por los dos expertos ni sobre la científicidad de sus respectivas y contrarias conclusiones.

(10) Como es doctrina del TS español, cuyo principal formulador y defensor es el catedrático y magistrado del mencionado Tribunal BACIGALUPO ZAPATER, E., «Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y recurso de casación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, II, págs. 374-376. Del mismo, cfr. También «La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal. Reflexiones sobre un decenio de aplicación del art. 24.2 CE», *Estudios de Jurisprudencia*, 1992, núm. 1, págs. 52-53.

(11) ZUBIRI DE SALINAS, F., «¿Qué es la sana crítica?...», pág. 60.

(12) GIANNITI, P., *La valutazione della prova penale*, Turín, 2005, pág. 203. Para más diferencias entre la declaración del experto y la declaración de un testigo cfr. LOMBARDO, L., «Prova scientifica...», págs. 1101-1103.

(13) HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico...», pág. 73.

(14) TARUFFO, M., «Conocimiento científico y estándares de prueba judicial», *Jueces para la Democracia*, 2005, núm. 52, págs. 63-64.

(15) LOMBARDO, L., «Prova scientifica...», pág. 1092.

(16) Según oportuna observación de HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico...», pág. 73.

(17) Como los exámenes psicológicos, las informaciones deducibles de estudios epidemiológicos, de experimentos sobre animales, de cálculos estadísticos y bioestadísticas, la reconstrucción de la dinámica de un evento mediante la computadora, el método espectrográfico de reconocimiento vocal, la estilometría como identificación cualitativa del estilo literario de una persona para atribuirle la autoría de un escrito, etcétera (CANZIO, G., «Prova scientifica...», pág. 2).

(18) Lo cual canoniza la creencia de que las decisiones probatorias basadas en pruebas científicas han de asumirse como incuestionables e irrefutables; y, de paso, se descarga al juez del esfuerzo por fundar racionalmente la decisión, bastando alegar que hubo prueba científica y que ésta sufragaba la decisión probatoria final (GASCÓN ABELLÁN, M., «Validez y valor de las pruebas científicas...», pág. 2).

(19) HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico...», págs. 76-78.

(20) ANSANELLI, V., «Problemi di corretta utilizzazione...», págs. 1336-1339.

(21) ANSANELLI, V., «Problemi di corretta utilizzazione...», págs. 1340-1341.

(22) Cfr. TARUFFO, M., «Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, núm. 1, págs. 232-238.

(23) De la que puede encontrarse una exposición más completa en BASSATT TORRES, N., *La «duda razonable» en la prueba penal (con especial referencia a Puerto Rico)*, Bilbao, 2007, págs. 184-189.

(24) STELLA, F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'inocente e la tutela delle vittime*, Milán, 2002, págs. 341-343.

(25) Hay una pequeña relación de ese tipo de sentencias en STELLA, F., *Giustizia e modernità...*, pág. 338.

(26) Cfr. p. ej. HAACK, S., «Prova ed errore: la filosofia della scienza della Corte Suprema americana», *Ars Interpretandi*, 2006, núm. 11; esp. págs. 315-319.

(27) Cfr. BASSATT TORRES, N., *La «duda razonable»...*, págs. 191-193.

(28) CENTONZE, F., «Scienza spazzatura e scienza corrotta nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel proceso penale», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, núm. 4, pág. 1238.

(29) BASSATT TORRES, N., *La «duda razonable»...*, pág. 192.

(30) El FBI tiene pruebas de que, de 1984 a 1992 en la parte septentrional del Estado de Nueva York, la policía tomaba las huellas digitales de la persona sospechosa que obraban en el registro de la comisaría o de un objeto que hubiera tocado el sospechoso y declaraban, después, haberlas encontrado en la escena del crimen (DERSHOWITZ, A. M., *Dubbi ragionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso O. J. Simpson*, trad. it., Milán, 2007, pág. 48).

(31) LÓPEZ MUÑIZ, M., *La prueba pericial. Guía práctica y jurisprudencia*, Madrid, 1995, pág. 271.

(32) CENTONZE, F., «Scienza spazzatura ...», págs. 1251-1252.

(33) CENTONZE, F., «Scienza spazzatura ...», págs. 1253-1254.

(34) ILLESCAS RUS, A. V., *La prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Cizur Menor, 2002, pág. 433.

(35) Según la jurisprudencia de nuestro TS, ha de concederse mayor credibilidad al perito designado al azar por insaculación porque así está más garantizada su independencia (LÓPEZ MUÑIZ, M., *La prueba pericial...*, pág. 281).

(36) LOMBARDO, L., «Prova scientifica...», págs. 1118-1119.

(37) TARUFFO, M., «Consideración su scienza e processo civile», en CONDÉ, G. y PONZANELLI, G. (coords.), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Turín, 2004, pág. 494.

(38) Que las tomo de TARUFFO, M., «La prova scientifica nel processo civile», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, núm. 4, págs. 1106-1109.

(39) Hay sistemas jurídicos en los que la legislación no exige el juramento a los expertos de las partes pero lo impone expresamente para el perito de oficio. No creo que eso cambie mucho las cosas: primero, porque la sinceridad no es determinante al expresar una opinión científica; y, segundo, porque la fuerza de las conclusiones del perito se mide por su resistencia a las opiniones expresadas en el contradictorio y no a la posición personal del sujeto que las formuló (CENTONZE, F., «Scienza spazzatura...», págs. 1260-1261).

(40) HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico...», pág. 77.

- (41) Sobre los conceptos de «atendibilidad extrínseca» y «atendibilidad intrínseca», cfr. LOMBARDO, L., «Prova scientifica...», págs. 1120-1121.
- (42) LOMBARDO, L., «Prova scientifica...», pág. 1118.
- (43) Cfr. SALOMONE, E., «Sulla motivazione con riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, núm. 3.
- (44) Para un buen y más completo inventario de las falacias más recurrentes, cfr. STELLA, F., «Fallacie e anarchia metodologica in tema di causalità», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, núm. 1.
- (45) BASSATT TORRES, N., *La duda razonable...*, pág. 196.
- (46) STELLA, F., «Fallacie e anarchia...», págs. 34-35.
- (47) STELLA, F., «Fallacie e anarchia...», pág. 34.
- (48) Tomada de BASSATT TORRES, N., *La duda razonable...*, pág. 204.
- (49) BASSATT TORRES, N., *La duda razonable...*, págs. 205-207.

UNIDAD III LA ACTIVIDAD PROBATORIA PERICIAL

- 1) La valoración de la prueba científica de ADN en el proceso penal.
Rodrigo Vargas Ávila.**
- 2) Acuerdo Plenario N° 04-2015/CIJ-116**
- 3) Directiva 008-2012-MP-FN- ofrecimiento de medios de prueba por
parte del Ministerio Público.**
- 4) Casación Civil N° 864-2014-Ica.**

UNIDAD III LA ACTIVIDAD PROBATORIA PERICIAL

- 1) La valoración de la prueba científica de ADN en el proceso penal. Rodrigo Vargas Ávila.

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA DE ADN EN EL PROCESO PENAL

¹ **Rodrigo
Vargas Ávila***

Fecha de Recepción: 25 de Mayo de 2010 Fecha
de Aceptación: 31 de Mayo de 2010 Artículo de
Reflexión

2 Resumen

En el presente artículo se muestra cómo los adelantos de la ciencia tienen incidencia en el ámbito del proceso, particularmente en relación con los enunciados fácticos cuya demostración se busca. En tal sentido, este trabajo desarrolla e incorpora el avance de la genética en la identificación humana. Esta primera parte muestra esos adelantos y su utilización en el proceso.

En este artículo se plantea si el juez, en el contexto del proceso, puede o no apartarse del resultado emitido por el perito científico, y se buscará determinar si esa prueba derrota cualquier otra posibilidad de acudir a otro medio probatorio, de manera particular, delimitando su análisis a la esfera del proceso penal.

3 Palabras Clave

Proceso, ADN, Prueba, Valoración, Perito Científico.

* Abogado Especializado en Instituciones Jurídico Familiares de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia; Docente de la misma Universidad; Jefe del Área de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada; Profesor de Derecho Procesal y Probatorio en la misma universidad; Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia; miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal; exmagistrado auxiliar del Consejo de Estado. Actualmente candidato a Maestría de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: rodrigo.vargas@unimilitar.edu.co; rva91@hotmail.com

THE APPRECIATE OF THE SCIENTIFIC TEST OF DNA IN THE PENAL PROCESS

4 Abstract

This article shows how the scientific advances have an impact in the areas of process, particularly in relation to factual statements that need to be demonstrated. In this sense, this paper develops and incorporates the progress of genetics in human identification. This first part shows those developments and their use in the process

This article asks whether the judge, in the context of the process, may or may not depart from the result given by the scientific expert, also, it intends to determine if this test defeat any possibility to recourse to other means of proof, in particular, delimiting its analysis to the penal process sphere

5 Keywords

Process, DNA, Test, Appreciate, Scientific expert.

INTRODUCCIÓN

Mediando notables avances científicos, de modo particular de genética y la biología molecular, el derecho incorporó a la investigación de la paternidad o de la maternidad la prueba pericial. Por ello inicialmente, el Artículo 7° de la Ley 75 de 1968 –en la actualidad modificado por el Artículo 1° de la Ley 721 de 2001–, de manera expresa dispuso que en esta clase de procesos el juez, de oficio o a solicitud de parte

“decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas, con análisis de los grupos sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e

intelectuales transmisibles, que valorará según su fundamentación y pertinencia”¹.

A partir de la vigencia de la Ley 75 de 1968, la prueba científica para establecer la filiación materna o paterna, no es extraña al derecho colombiano. Mediante la citada Ley, nuestro ordenamiento legal introdujo las pruebas científicas para la investigación de la paternidad, siendo en su momento y hasta la entrada en vigencia de la Ley 721 de 2001 una invaluable herramienta de trabajo hacia la definición de la paternidad.

La legislación colombiana tiene establecido el derecho de toda persona a saber quiénes son sus progenitores y a establecer su filiación, aún por la vía judicial si fuere necesario².

La Ley 721 de 2001 otorga relevancia a las siguientes circunstancias: la primera, que el legislador no le dio aceptación a la afirmación según la cual mediante exámenes científicos puede darse por establecida de manera indiscutible y sin probabilidades de error la paternidad o la maternidad, sino que, con la prudencia que le es propia a los humanos en materia tan delicada, se limitó a expresar que mediante la práctica de tales exámenes se determina un *“índice de probabilidad superior al 99.9%”*, que es distinto, como salta a la vista al ciento por ciento. El legislador dejó así abierta la posibilidad del error y respeta, de entrada, la autonomía judicial para la valoración de la prueba; y la segunda, que *“el uso de los marcadores genéticos”* para alcanzar ese porcentaje de certeza puede utilizar distintas técnicas, razón por la cual señala que *“mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA”*. Es decir, que tal utilización podrá abandonarse si en el futuro

aparecen por los adelantos técnicos científicos otras técnicas que sean superiores.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que los marcadores genéticos en el examen del DNA, así como pueden ser indicativos de un índice de probabilidad de la paternidad o la maternidad superior al 99.9%, sirven igualmente para descartar por completo la relación paterno-filial o materno-filial cuando son negativos”³.

Justamente cuando la jurisprudencia asimila estos nuevos avances y descubrimientos científicos, su visión del problema empieza a cambiar. El elemento “Genética” transforma sustancialmente el panorama probatorio, en el terreno de la investigación filial, articulándose al descubrimiento científico reseñado; comienza a dársele jerarquía a la aludida peritación y se empieza a llamar la atención de jueces y abogados y de la ciudadanía en general, en el sentido que nos empezamos a aproximar a unos niveles, si bien no de certeza absoluta, si de mucha seguridad jurídica, prevalidos precisamente de los aludidos descubrimientos.

Ese despertar científico en el campo de los descubrimientos logrados en la última mitad del siglo anterior, ya depurados con todos los elementos de carácter estructurante de las ciencias biológicas, vinieron a dar unas fuentes de conocimiento mucho mas amplias que giraron, o hicieron girar de forma bastante radical, el tratamiento que se le empezó a imprimir en los campos del Derecho penal y de familia.

Los avances de la ciencia actualmente permiten demostraciones que ofrecen altos niveles de confiabilidad, de manera tal que un dictamen pericial, hoy en día, sobre estos temas no solo le permite al juez excluir sino incluir con alto

¹ Artículo 1º de la Ley 721 de 2001.

² Corte Constitucional Colombia. Sentencias C - 476 de 10 de mayo de 2005. MP: Alfredo Beltrán Sierra; C-807 y C-808 de 3 de octubre de 2002. MP: Jaime Araujo Rentería.

³ Corte Constitucional Colombia. Sentencia C - 476 de 10 de mayo de 2005. MP: Alfredo Beltrán Sierra.

grado de certeza o por lo menos, cercano a ella, quienes son los padres de una persona⁴.

La prueba genética en términos generales, tiene por objeto establecer directa y fundamentalmente la relación biológica filial, que supone o que argumenta cualquier investigación paternofilial independientemente de la causa que se alegue, ya para establecer la filiación, ya para impugnarla, esto es, para ejercer cualquiera de las dos acciones que tiene el estado civil de una persona. Bajo esta preceptiva legal en la ley 721 el objeto de la prueba genética es dilucidar la relación biológica, paterno o maternofilial como objeto mismo de la prueba, toda vez que ella se refiere a todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, según lo regla bajo su artículo primero, aspecto este que por lo demás, desde la misma ley 75 de 1968, ya no desde la óptica específica de la prueba genética, sino desde la perspectiva de las pruebas antropoheredobiológicas, doctrina y jurisprudencia habían plasmado en el horizonte jurídico, al margen de que en la realidad en todos los procesos se tuviese en cuenta, porque en los procesos de filiación su decreto era discrecional para el juez. En cambio, no ocurre lo mismo en la actualidad, pues la prueba genética se convierte en una prueba de categoría principal, ello significa que el juez debe obligatoriamente decretarla en los procesos de filiación.

Precisamente, ese carácter científico del cual hoy está dotada la prueba genética, es materializado en los exámenes de ADN practicados a un individuo para determinar su compatibilidad genética con el presunto padre y además, si su determinación arroja una probabilidad superior al 99.9%. Sin embargo, en este trabajo a partir de la pregunta relativa a si el juez puede o no apartarse del resultado emitido por el perito

científico, se buscará determinar si esa prueba derrota cualquier otra posibilidad de acudir a otro medio probatorio⁵.

Al mismo tiempo, debe entenderse que la mencionada ley se constituye en una obligación y fin estatal en desarrollo del artículo 14 de la Constitución Política bajo el cual toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, lo cual se hace indispensable para que pueda actuar como sujeto de derechos y de obligaciones, en armonía estrecha con el derecho a la igualdad que reconoce el artículo 13 de la misma normatividad pues, no serían libres e iguales ante la ley todas las personas, si algunas no se les reconociera personalidad jurídica.

Bajo otra perspectiva, en el mismo ámbito de la prueba científica de ADN, la ley 906 de 2004, nuevo Código de procedimiento penal, vino de manera particular ha incorporar como uno de los elementos básicos en el ámbito probatorio del nuevo sistema penal acusatorio, los análisis genéticos de ADN como contenido de la prueba

⁵ Dos son los principales mitos que habitualmente acompañan a la prueba científica: "a) que siempre generan certezas absolutas, b) que sus resultados son infalibles. En cuanto a lo primero, cabe decir que el mito de la certeza absoluta se ha construido, seguramente, a partir del test de ADN por su alto porcentaje de fiabilidad. Pero ello no siempre es así y tampoco es extrapolable a otras pruebas científicas. Repárese en la hipótesis de las edificadas sobre estadísticas. Asiduamente, éstas arrojan frecuencias menores que permiten, a lo sumo, entrever tendencias, pero que en modo alguno generan certezas absolutas. Respecto de lo segundo, debe decirse, terminantemente, que las pruebas científicas, no son infalibles. Señala TARUFFO, como sucede cada vez con mayor frecuencia, de hecho, que circunstancias relevantes para las decisiones judiciales deben ser averiguadas y valoradas con instrumentos científicos, y por tanto, se reduce proporcionalmente el área en la que el juicio sobre los hechos puede ser formulado solamente sobre bases cognitivas no científicas. El empleo de la prueba científica se hace más frecuente en el proceso, sea civil o penal, o en materia ambiental, o también, en materia laboral como son en las causas de enfermedad o accidente laboral". En: RIVERA MORALES, Rodrigo. *La valoración de la prueba científica en el proceso judicial*. Instituto Procesal Colombo Venezolano. Caracas. 2007. pp. 18 y s.s.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia S-026 de 10 de marzo de 2000. MP: Jorge Santos Ballesteros.

pericial científica, tendiente a la identificación de responsables de los hechos punibles.

Los elementos de prueba de naturaleza biológica tienen gran importancia en el marco de la investigación penal, dada su enorme sensibilidad y delicada manipulación, lo cual conlleva el observar estrictos estándares de aseguramiento y preservación a través de la cadena de custodia. Conseguido este primer propósito, se puede afirmar que el resultado del análisis de ADN permitirá en un gran porcentaje de probabilidad, establecer adecuadamente la persona vinculada con una investigación penal.

Así pues, en este primer ensayo se estudiará y analizará lo relativo a la valoración de la prueba de ADN en el proceso penal, con posterioridad se hará en relación con el proceso civil, pero en expresa y específica relación con ella, se desarrollarán los particulares matices y cambios que adquiere la prueba científica genética y el reto para los operadores jurídicos traducido en una adecuada interpretación y valoración de la misma, toda vez que supone unos contenidos diametralmente diferentes a los que usualmente en la práctica jurídica y forense se han venido empleando.

Al mismo tiempo, para los científicos y su concurso en el escenario del proceso, supone cambios concretados en el convencimiento de que cualquier opinión que emitan tiene una incertidumbre y que es su deber y obligación comunicarla al juez para lo cual existe un estándar de vieja data llamado probabilidad.

Por añadidura, esta nueva transformación del proceso rompe también con la tendencia errónea de los peritos de decidir por el juez, obligándolos a unos y otros a asumir su papel específico. Este cambio que ha comenzado por la Genética forense, también de manera similar se extiende al resto de las especialidades forenses como la Patología, Toxicología o la Clínica forense. Su importancia representa el

paso de los antiguos forenses que basan sus opiniones en la intuición y en la experiencia, que usan modelos heurísticos y que dan un valor absoluto a sus conclusiones, a los científicos forenses modernos que basan sus opiniones en los datos científicos, en la evidencia científica, que utilizan el razonamiento como base de las mismas y que no dan un valor absoluto a sus juicios sino que valoran el mayor o menor grado de incertidumbre de su opinión expresándolo como un cociente entre la posición de la acusación y la posición de la defensa para el ámbito del proceso penal⁶.

En definitiva, valora su opinión en términos de probabilidades, lo que no debe llevar a confusión: la probabilidad no significa inseguridad. Por el contrario, las opiniones más seguras no son las que se valoran como verdades o creencias absolutas por experiencia o intuición, sino aquellas en las que se puede calcular la incertidumbre y ésta es muy baja o casi inexistente de tal modo que la probabilidad de la evidencia sea muy elevada.

La valoración de la prueba es fundamento indiscutible en todo proceso. Es un momento último con el cual culmina la llamada actividad probatoria, consistente en la operación mental que lleva a cabo el juzgador y cuyo fin consiste en determinar el mérito o convicción que puede deducirse del material probatorio recaudado en el proceso. Por lo tanto, determinará la eficacia que las fuentes de prueba incorporadas al proceso mediante los medios de prueba, tendrán en la formación de la convicción del juzgador. En últimas la valoración de la prueba determina un resultado en sentido positivo o negativo, según sea lograda la convicción judicial o, por el contrario, que no sea lograda o alcanzada. Es una actividad netamente jurisdiccional,

⁶ Álvarez-Cubero, MJ., et al. "Nuevas aplicaciones en identificación genética". En: *Cuadernos de medicina forense*. Número 1-2. Volumen 16. Enero-junio de 2010. Sevilla.

pero teniendo en cuenta la actividad probatoria de las partes durante el transcurso del juicio, sobretudo cuando la actividad oficiosa del juez, como en el caso del proceso penal, se halla expresamente prohibida como factor ideológico de la búsqueda de la verdad en el proceso penal.

1. LA PRUEBA CIENTÍFICA DE ADN EN EL PROCESO PENAL

5.1 Introducción

Las principales cuestiones que abordaremos tienen en común o como punto de partida, el carácter altamente científico de las técnicas genéticas.

De este elemento característico surgen, en primer lugar, las dudas relacionadas con el propio método científico y la capacitación de las personas o laboratorios que han de aplicarlo, pues se requiere un elevado grado de especialización desde la perspectiva del personal y una gran disponibilidad de medios materiales.

En cuanto al método, la inicial infalibilidad con que fueron considerados los análisis genéticos en su aplicación forense, derivó en posterior desconfianza, tras constatarse la existencia de importantes deficiencias en algunas investigaciones criminales adelantadas en los países anglosajones⁷. Para superar estas dificultades se esta recurriendo a una estandarización del método empleado (incluso a nivel internacional) uniformizando los *loci* que se han de analizar, las sondas que se utilizarán, adecuado manejo de la cadena de custodia de las muestras o vestigios biológicos, etc. Todo ello permite un adecuado control de calidad, que consecuentemente evita y corrige posibles errores. En cuanto a los laboratorios capacitados para la realización de los análisis de ADN, se vienen

aplicando análogos criterios de homologación de los mismos⁸.

El carácter científico de las técnicas de ADN posee una importante vinculación con el principio de la libre valoración de las pruebas que, atendiendo a la innegable objetividad de aquéllas, podría pensarse reducen las facultades del órgano decisor en la valoración probatoria. Como tendremos ocasión de comprobar, no se produce tal menoscabo en las facultades del juzgador a la hora de valorar las pruebas, es más la labor de éste en el cálculo de probabilidades que le presentará el perito está lejos de ser considerada pasiva. Además, los resultados genéticos merecen en la mayoría de los casos la consideración de meros indicios que deberán ser apreciados por el juzgador conjuntamente con los restantes medios de prueba que obren el proceso⁹.

Pero, también se han operado cambios, principalmente vistos desde la óptica de los científicos, pues su convencimiento de que cualquier opinión que emiten tiene una incertidumbre, que es su deber, su obligación de comunicar al juez esa incertidumbre para lo cual existe un estándar desde hace unos siglos llamado probabilidad. Esta transformación rompe también con la tendencia errónea de los peritos de decidir por el juez y obliga a éste y a los peritos a asumir su papel específico en la dinámica del proceso¹⁰.

⁸ MORA SÁNCHEZ, Juan. *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*. Comares. Bilbao- Granada. 2001. pp. 31 y s.s.

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencias S-026 de 10 de marzo de 2000. MP: Jorge Santos Ballesteros; y Sentencia de 5 de noviembre de 2003. Expediente 7182. MP: Edgardo Villamil Portilla, “*Se ha llegado, pues, al punto en que el problema no es de cómo creer en la prueba genética, sino el de cómo no creer en ella, de manera que, en cualquier caso, quienquiera desvirtuar esa alta dosis demostrativa que lo acredite*”.

¹⁰ “*Es útil señalar que el perito es una persona que posee especiales conocimientos teóricos y prácticos, que informa al juez sobre puntos en controversia relacionados con su saber. Ahora bien, la suya es*

⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Marcial Pons. Madrid. 2008. p. 98.

5.2 La seguridad de los análisis de ADN

Como se ha mencionado, el impacto que las modernas tecnologías, entre las que cabe incluir la genética forense, han ocasionado en la tarea de esclarecimiento de la actividad delictiva una novedad, pues mitiga la existencia del riesgo de excederse en la investigación básicamente porque muchos de los polimorfismos de ADN que se utilizan no tienen relación directa con las enfermedades.

Pero, también es cierto que la base científica que apoya los modernos métodos genéticos es susceptible de generar falsas expectativas en orden a su valoración probatoria, si se aborda separada de la adopción de una serie de garantías que afectan a la regularidad con que ha de desarrollarse el procedimiento científico. La huella genética presenta alguna similitud con la huella dactilar, de tal forma que es muy remota la posibilidad de que coincidan varias personas con idénticas crestas dactilares, se ha señalado

una exposición desde un saber, que por ahora vamos a denominar 'ciencia', aunque por la extensión y sentido del escrito no interesa entrar en el debate sobre la ciencia. (...) Además, en la medida en que es un experto, se hace necesario saber de dónde viene su conocimiento y su práctica, pues esa información influye en la confianza que le concedan a su declaración. Igualmente, sus antecedentes personales influyen en la credibilidad que le otorguen a sus palabras. Pero la clave está en que es una declaración desde la perspectiva de la ciencia, que tiene unos elementos definitorios como son el objeto, el método y el grado de aceptación que la comunidad científica le confiere al modelo teórico que le sirvió de guía. El objeto de la ciencia no es simplemente una porción de la naturaleza que seccionamos y sobre la que ponemos los ojos. El objeto también es un constructo social. En efecto, la ciencia es un sistema social que implica a varias generaciones de científicos que trabajan en la determinación del hecho significativo, el acoplamiento de los hechos con la teoría y la articulación de la teoría. Las teorías comunes, las prácticas comunes y los esfuerzos comunes para determinar hechos significativos constituyen los elementos clave de un paradigma científico. Esa comunidad científica, comunidad de creencias y prácticas, validará como científico lo que se ajuste a su paradigma, que es lo que considera como ciencia; lo demás no será validado, lo cual no impide que tiempo después esa misma proposición pueda aceptarse, en otro paradigma". Puente, Orlando Enrique. "La argumentación del perito". En: Sistema penal acusatorio. Rol del perito y de la policía judicial. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2006. p. 146.

igualmente que, salvo los gemelos univitelinos, resulta extremadamente difícil la existencia de dos personas con idéntico código genético¹¹.

El análisis de los polimorfismos de ADN permite indicar, por lo menos teóricamente, que los vestigios biológicos hallados en la secuencia del crimen o en la propia víctima, coinciden prácticamente con los obtenidos del inculcado siempre que procedan de la misma persona. Las posibilidades de identificación de una persona mediante su ADN son superiores en grado sumo a las permitidas por cualquier otra técnica existente en la actualidad¹².

Los métodos científicos necesarios para que se materialice lo hasta ahora señalado, han sido también desarrollados. Estas circunstancias han alimentado en los operadores jurídicos el mito de la infalibilidad y de la certeza absoluta de los análisis genéticos como instrumentos de identificación¹³.

De tal manera, el extraordinario valor que se atribuía al ADN como prueba en la formación de la convicción de los operadores judiciales ha sido notoriamente atenuado. Sin perder la perspectiva jurídica, existen varias apreciaciones que inciden en la futura valoración probatoria de los resultados obtenidos. Por un lado, las que se relacionan con el método científico empleado en los análisis de ADN y que pueden reducirse a la cuestión de si la investigación genética y más concretamente el análisis de los

¹¹ Ordoñez Fernández, Carmelo. "Pruebas biológicas de paternidad. Estudio crítico de la prueba pericial. Garantías de la prueba y su incidencia en la determinación de la decisión judicial". En: *La Ley*. Número 3785. Madrid. 23 de mayo de 1995. pp. 1 a 4.

¹² *Ibidem*. Se refiere al valor próximo a la irrefutabilidad que los Tribunales vienen concediendo al resultado pericial biológico en las pruebas de paternidad.

¹³ "En los años ochenta se esperaban proezas de la prueba de ADN. Reputada de infalible, libre de errores y capaz de distinguir un sujeto entre más del doble de los habitantes del planeta". QUEVEDO GOICOECHEA, Alina. *Genes en tela de juicio*. Mc Graw Hill. Madrid. 1997. p. 113.

polimorfismos de ADN como objeto de identificación de personas, ha alcanzado el grado de perfeccionamiento suficiente para atribuir a sus resultados un nivel admisible de incuestionabilidad. Superadas estas primeras deficiencias y admitido el recurso a las técnicas de ADN en las labores de identificación de personas, puede ocurrir que la aplicación de las mismas en el supuesto concreto resulte defectuosa, bien porque el método no se ha aplicado correctamente, bien porque el objeto sobre el que ha de recaer el análisis (vestigios biológicos) no lo permite debido a múltiples circunstancias: el mal estado de conservación de la muestra, la insuficiencia de la misma, la contaminación, etc.

Finalmente, los resultados científicamente obtenidos serán ‘traducidos’ al lenguaje jurídico al que están destinados ineludiblemente para su comprensión, sin olvidar que se trata de una materia altamente especializada, de cuyo conocimiento suficiente carecen tanto el órgano judicial como las partes intervinientes en el proceso.

En relación con la fiabilidad del método de análisis de ADN encaminado a la identificación, es oportuno citar el caso *Castro vs. New York State*¹⁴ en el que se rechazó el informe elaborado por los laboratorios privados Lifecode de los que resultaba una elevada coincidencia entre los patrones de ADN hallados en las víctimas y los procedentes del acusado señor Castro. Se prescindió del análisis de dos bandas de más en el perfil de ADN correspondiente a vestigios hallados en el reloj del acusado, bajo el argumento de que se trataba simplemente de contaminación de origen no humano, pues se habían comparado directamente las muestras de ADN de origen distinto en lugar de evaluarlas por separado; hubo una confusión total

acerca del ADN que se utilizó como control y tampoco se dejó constancia con el suficiente detalle del proceso llevado a cabo. El juez Gerald Sheindlin pronunció en su dictamen de 14 de julio de 1989 que no estaba convencido de la fiabilidad del método seguido por la empresa encargada de la pericia en el caso Castro.

La prueba de Frye originó que el tribunal de apelación del distrito de Columbia expresará como

*“...en el momento en que un principio o un descubrimiento científico cruza la línea entre las etapas experimentales y demostrables es difícil de definir. En alguna parte de esta zona crepuscular, la fuerza fundada del principio debe ser reconocida, y mientras, las cortes irán en una manera larga en admitir el testimonio experto deducido de un principio o de un descubrimiento científico bien reconocido, la cosa de la cual se hace la deducción se debe establecer suficientemente para haber ganado la aceptación general en el campo particular al cual pertenece”*¹⁵.

En este y en otros casos análogos, los análisis de ADN no superaron los denominados *Frye-Tests* que reciben la denominación del asunto *Frye vs. United States*. En este caso, se debía resolver acerca de la admisión o exclusión del detector de mentiras como prueba en un homicidio, y el criterio formulado por el Tribunal venía a condicionar la admisibilidad de un método científico nuevo que se encontrara lo suficientemente consolidado como para ser aceptado por la comunidad científica a la que pertenece.

Las *Frye-Hearings* han sido objeto de crítica en la doctrina norteamericana, en parte debido a su carácter excesivamente restrictivo y conservador, pues induce a excluir pruebas fundadas en métodos y principios que pueden ser válidos pero que no están todavía generalmente admitidos por su novedad y originalidad; así, como

¹⁴ ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. Los análisis de Adn y su aplicación al proceso penal. Comares. Granada. 2000. p. 329.

¹⁵ Ibid. Pag. 330.

por su dudosa aplicabilidad tras la entrada en vigencia de las *Federal Rules of Evidence*, la cual consigna que la admisibilidad del método científico se decidirá conforme a la *rule 702* de la *Federal Rules Evidence* donde se subordina el testimonio del experto a que el conocimiento científico, técnico o especializado pueda auxiliar al juez de los hechos a entender la evidencia o a determinar el hecho en cuestión¹⁶.

El punto culminante ha ocasionado que últimamente se adopten una serie de decisiones científicas consensuadas, acerca de la idoneidad y regularidad de los métodos de ADN a nivel internacional. La base de esta política descansa en la obligada estandarización del método básicamente en torno a la necesidad de la estandarización y los controles de calidad¹⁷. Este proceso de estandarización ha cuajado en la consolidación de asociaciones, frecuentemente de nivel supranacional, que persiguen como objetivo la homologación de métodos y sistemas de análisis de ADN, así como la aplicación de adecuados controles de calidad.

Los laboratorios destinados a la conservación de células, de muestras biológicas y de los resultados de los análisis, deben estar equipados de manera adecuada para garantizar una protección apta contra toda sustracción o la degradación, para garantizar la salvaguarda de las células, de las muestras y de los resultados de los análisis.

¹⁶ www.bucklin.org/fed_rule_702

¹⁷ Señala al respecto CARRACEDO ÁLVAREZ, Angel. *Valoración e interpretación de la prueba pericial sobre ADN ante los tribunales*. Universidad Santiago de Compostela. Instituto de medicina Legal. Santiago de Compostela. p. 1982, que "... son cientos los polimorfismos de ADN minisatélite descritos que pueden ser detectados con decenas de enzimas de restricción diferentes; si cada laboratorio empleara sus propias enzimas y sondas sería enormemente difícil contrastar un resultado en otro laboratorio y se imposibilitaría la realización de contrapericias o segundas opiniones".

El proceso de estandarización ha pasado progresivamente por uniformizar las sondas y las enzimas de restricción empleadas y posteriormente las condiciones electroforéticas y de lectura de los resultados obtenidos. Gracias a ese proceso de estandarización sobre el empleo de polimorfismos genéticos en la práctica forense, será posible no sólo garantizar un mínimo de fiabilidad científica en la aplicación del método, sino básicamente evaluar *a posteriori* mediante los controles de calidad que posibilita la estandarización, la fiabilidad de los resultados obtenidos y, en su caso, solicitar la práctica de un nuevo análisis o contraexamen. Este proceso de estandarización y el establecimiento de controles de calidad aseguran la fiabilidad del proceso¹⁸.

5.3 Deficiencias en la recogida y envío de muestras al laboratorio y su incidencia en su eficacia probatoria

Las fallas en que se puede incurrir durante el procedimiento de análisis de ADN desde su inicio hasta su conclusión pueden venir determinadas, no sólo por una deficiente aplicación del método científico -detectable si se aplican las normas de estandarización y los debidos controles de calidad-, sino también por el defectuoso desarrollo de la fase que se sucede con anterioridad a la llegada de los vestigios o muestras al laboratorio¹⁹.

¹⁸ Por ejemplo, la Recomendación N°. R (92) 1 del Consejo de Europa establece en su número 6.-, partiendo igualmente de la complejidad del procedimiento científico de análisis de ADN, una serie de criterios a observar por los laboratorios que hayan de asumir la tarea entre los que destaca junto a un nivel elevado de conocimiento y de competencia profesional, el recurso a «procedimientos adecuados de control de calidad».

¹⁹ "Las enormes posibilidades de la tecnología del ADN no deben relajarnos a la hora de realizar la investigación en el lugar de los hechos y pensar que la solución a la investigación dependerá del laboratorio en cuestión al que se remitan los indicios hallados, ya que no sólo se trata de buscar una determinada evidencia, sino de hacerlo correctamente, de lo

Los principales riesgos que pueden plantearse en la fase previa de recogida, conservación y envío de las muestras o vestigios al laboratorio y que pueden incidir, recalamos, en el resultado final y en la eficacia probatoria que pueden desplegar, con independencia, pues, de que se aplique posteriormente de una manera adecuada el método científico de análisis de ADN²⁰.

Uno de los principales inconvenientes que presenta el método de análisis de ADN deriva del hecho de que las muestras o vestigios no se encuentran con frecuencia en el estado más idóneo para su posterior tratamiento en laboratorio. Dicho fenómeno se conoce como *contaminación* de las muestras o vestigios, y puede obedecer a la presencia, junto con la muestra o vestigio de interés, de otros productos extraños de origen bioquímico o químico (*contaminación química* —tintes, colorantes, pinturas, carburantes, etc.—) o de vestigios biológicos procedentes de otras personas (*contaminación biológica*). Esta contaminación puede tener su origen en la existencia, con anterioridad al depósito de los vestigios o elementos materiales de prueba de interés, de cualquiera de los productos señalados y que pueden inducir a confusión (contaminación previa), en definitiva, antes de la comisión de los hechos criminales que provocaron los vestigios directamente relacionados con la causa.

La contaminación puede ser también simultánea o paralela cuando se mezclan indicios

contrario podría ser que pierda su actividad biológica o que la prueba quede invalidada por un defecto en la investigación preliminar. Por elemental que parezca, no debemos olvidar nunca que en los laboratorios sólo se estudia aquello que se remite, y que el análisis se inicia sobre el indicio en las condiciones en las que llega, no en las que se manda; de ahí la enorme importancia del indicio en el lugar de los hechos". Lorente Acosta, José Antonio, et al. "La tecnología del ADN en medicina forense: importancia del indicio y del lugar de los hechos". En: *Cuadernos de Medicina Forense*. Número 3. Enero 1996. Madrid.

²⁰ Ibídem.

procedentes de varias personas que hayan intervenido de alguna manera en los hechos criminales. El caso típico estaría constituido por la comisión de ciertos delitos violentos (contra la libertad sexual, por ejemplo), en los que se entremezclan fluidos o vestigios corporales tanto del agresor como de la víctima. Aunque en este caso la confusión de vestigios puede generar algún problema de tipo técnico, puede resultar extremadamente útil conocer este dato al objeto de la investigación y de la explicación del motivo de la contaminación.

Por último, la contaminación puede ocurrir con posterioridad al depósito de los vestigios de interés, bien porque se confundan accidentalmente con otros restos biológicos producto de su exposición a fenómenos naturales (insectos, otros animales, etc.), bien por la actuación negligente de las personas que intervienen en la fase de recogida o transporte que pueden incorporar sus propios vestigios, e incluso por el comportamiento doloso de quienes pretenden entorpecer la investigación y proceden intencionalmente a cambiar, alterar o destruir los mismos. Por este motivo, se insiste por los científicos en la importancia de mantener la denominada «cadena de custodia», haciendo constar las personas que hayan podido tener contacto con las muestras o vestigios durante la totalidad del proceso.

Otro de los inconvenientes se refiere a la calidad o cantidad de la muestra misma. Puede ocurrir que las muestras o vestigios a analizar sean minúsculos (pequeñas muestras de sangre, saliva, etc.) o que la cantidad de ADN que contienen no resulte suficiente (el pelo posee ADN en su raíz y no en gran cantidad). Los inconvenientes pueden ocasionarse igualmente como consecuencia de la degradación de las muestras, bien por su antigüedad, bien por verse afectadas por un proceso de descomposición. En caso de putrefacción de un organismo vivo, el ADN de la sangre o de los músculos está igualmente

degradado, por lo que será preciso obtener muestras de tejidos duros o resistentes (huesos, dientes, etc.). Igualmente, tratándose de vestigios húmedos, el ambiente puede originar la proliferación bacteriana y fúngica (procede en estos casos la conservación en frío o la conge-

lación). Muchos de estos problemas pueden ²¹ Al respecto refiere la Corte Suprema de Justicia, resultar solubles en la actualidad mediante la aplicación del método consistente en la «reacción en cadena de la polimerasa» (*Polymerase Chain Reaction* —PCR—) que permite amplificar un alelo de ADN de un locus determinado un número infinito de veces²¹.

El Código de Procedimiento Penal prevé la cadena de custodia como norma técnica de preservación y guarda adecuada, no solo respecto de muestras biológicas halladas en la escena del crimen, sino también en lo relacionado con la obtención de muestras del imputado y de la propia víctima de delitos sexuales²².

²¹ CHIERI, Primarosa, et al. *Prueba del ADN*. Astrea. Buenos Aires. 2001. p. 37.

²² En Holanda el Decreto 522/ 1994, consagra un epígrafe específico (el 5.º, Artículos. 18-21) a la materia («Identificación, envío y envase de material celular que se ha recogido del sospechoso»). Por demás, para la misma fase previa de obtención de muestras se establecen una serie de expresas previsiones. Por ejemplo, que la toma de sangre, de mucosa bucal y de raíz del cabello se realizará en presencia de un agente de investigación que levantará acta [Art. 17 (1)], que el agente de investigación hará llegar el material celular en envase precintado y en el plazo de 48 horas al Laboratorio Judicial (2) y que el precinto y envase serán revisados por el Laboratorio Judicial (3). De manera similar, la Circular 16/1995 del *Home Office* británico dispone en su *section 42* que “al igual que sucede con toda la fundamentación jurídica forense, los procedimientos de obtención de muestras por la policía, su envío al laboratorio, los procesos internos de manipulación de muestras a fin de realizar perfiles (...) se ajustarán a las normas reguladoras de las pruebas penales. Todos los procedimientos deben poder cumplir tales normas y asegurar que las pruebas que relacionan a una persona concreta con rastros criminales son objeto de una garantía total”.

5.4 La libre valoración de la prueba pericial de ADN y el método científico

El procedimiento penal colombiano consagra como sistema de valoración probatoria el de la libre valoración. Este principio ha de ser

23

Sala de Casación Penal, en sentencia de fecha 4 de septiembre de 2002, “...que las pruebas hay que valorarlas y confrontarlas, aplicando los criterios que imponen la sana crítica, que no es nada distinto en la explicación de su nominación y en busca de sus contenidos y fines, que el sometimiento de las pruebas a las leyes o reglas que regulan el razonamiento deductivo, los fenómenos materiales y las conductas frente a la sociedad, de acuerdo a lo admitido por ella misma para hacer viable su existencia y verificación de sus comunes objetivos, todo cumplido en forma “sana”, esto es, bajo la premisa de reglas generales admitidas como aplicables, y “crítica”, es decir, que con base en ellos los hechos objeto de valoración, entendidos como “criterios de verdad”, sean confrontados para establecer si un hecho y acción determinada pudo suceder, o si ello fue posible de una u otra manera, explicable dentro de las reglas de la lógica, de la ciencia y la experiencia, no ante la personalísima forma de ver cada uno la realidad, sino frente a estos postulados generales que rigen el razonamiento, las transformaciones materiales y la vida social, formal y dialécticamente comprendidos.

Es que, constituyendo la certeza un íntimo convencimiento sobre un determinado objeto del conocimiento, negativo o positivo, producto de una elaboración mental, pero fundamentada, para los efectos jurídicos de que aquí se trata, en elementos objetivos, como es la prueba obrante en el proceso y las reglas o leyes igualmente conocidas y de imperativa aplicación, es claro que sin violentar el ámbito propio de lo estrictamente subjetivo, esto es, el criterio de valor colegido, la falsedad de la conclusión deviene, bien por la imposibilidad que tenía el sujeto cognoscente de llegar al criterio de verdad proclamado, precisamente por haberse desconocido o alterado el objeto de conocimiento o las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia imperativas para su valoración, decayendo, de suyo, la certeza argüida, en la medida en que ella no sería predicable del objeto de apreciación, sino de otro, o porque al ser reglado el método a utilizar para ello, se habría recurrido a otro o éste estaría desfigurado, pues, en derecho probatorio y específicamente en materia penal, la valoración de las pruebas no es libre, es reglada, tanto en cuanto se refiere al objeto de apreciación que no es libre, pues está constituido por todo el haber probatorio legalmente aducido al proceso, como en relación al método con el cual debe llevarse a efecto esa valoración, que como se ha visto, es, salvo excepción en contrario, el de la sana crítica.

No se trata, entonces, frente a estos grados del conocimiento, de cubrirlos con un manto de absoluto subjetivismo, carente de su objetivo sustento, que los haría inconfundibles, convir-

entendido en contraposición al principio de prueba legal o tasada²⁴ y se encuentra consignado en el Artículo 380 del C. de P. P. La

tiéndolos en cuanto a la problemática probatoria se refiere, en una especie de “verdad sabida y buena fe guardada”, o más estrictamente, en el reconocimiento de verdades abso- lutas e irrefutables, para tornar en incontrolable la función juzgadora, dejada a la postre al arbitrio del administrador de justicia, convirtiendo, asimismo, en innecesarias las pruebas allegadas precisamente como sustento del juicio y base del mismo, sino, por el contrario, de tener claro, que se trata de un grado del conocimiento al que se llega partiendo de una base objetiva, de suyo, constatable”.

²⁴ Sostiene MARINA GASCÓN ABELLÁN, “que los dos sistemas de valoración probatoria mencionados encuen- tran su fundamento en la concepción de la prueba judicial. Así, “En la medida en que la prueba judicial es un juicio sobre la ocurrencia de hechos (generalmente hechos del pasado que no han sido presenciados por el juzgador), la concepción de la prueba que se mantenga se vincula al modo en que se entiendan la naturaleza, posibilidades y límites del conoci- miento empírico; es decir, a la epistemología que se adopte. Las epistemologías que pueden adoptarse se mueven entre dos posiciones “extremas”. La primera (objetivista) entiende que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente, y al concebir además el conocimiento como un proceso guiado por reglas más o menos seguras confía en la obtención de certeza absoluta. La segunda (subjetivista) entiende que la objetividad del conoci- miento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor; es decir, el conocimiento del mundo está “contami- nado”, es irreductiblemente subjetivo. En la ciencia y en la praxis procesal cabe encontrar concepciones de la prueba que pueden considerarse reflejo de estas epistemologías.

La epistemología objetivista se vincula a la concepción de la prueba que entiende que los procedimientos probatorios proporcionan un resultado incontrovertible. Esta concepción se manifiesta en los modelos de prueba legal, que suponen la consagración jurídica de reglas de valoración que indican al juez cuándo (y en qué medida) debe darse por probado un hecho. Pero está también presente en la interpretación tra- dicional del principio valorativo de la libre convicción como valoración libre o independiente de los medios probatorios, como una especie de momento íntimo o místico capaz de suplantar a las pruebas o, cuando menos, de permitir su pon- deración discrecional y no discutible. Y es que el resultado de interpretar así la libre convicción es el que cabía esperar: la concepción que suelen tener los juristas sobre los hechos enjuiciables “consiste simplemente en dar por descontada la posibilidad de que en el proceso se asegure su verdad”. Lo que tal vez explique la inclinación forense a atribuir

al juicio de hecho naturaleza “deductiva”, “demos- trativa” o “analítica”. La prueba judicial: valoración racional y motivación. Universidad de Castilla – la Mancha. Sin fecha.

valoración de la prueba como momento final de la actividad probatoria en el proceso, trata de definir el resultado que dará fundamento a la sentencia en términos de convicción. El método para la aproximación razonable a la verdad como fundamento de la convicción judi- cial es uno de los puntos que hacen la diferencia con el sistema procesal anterior. Una mirada a la manera como funcionaba este sistema nos permite distinguirlo del modelo actualmente vigente y evidenciar las características más relevantes de éste último.

Es decir, en el nuevo sistema procesal la recons- trucción de la verdad con miras a la aplicación de las normas sustanciales plantea un escenario dinámico, en el que ya no es la Fiscalía la que asume el recaudo probatorio por cuenta propia y la que las valora con miras a la toma de decisiones restrictivas de los derechos del imputado. Lejos de ello, en el nuevo proceso hay lugar al despliegue de la pretensión acusa- dora, que le incumbe al Estado a través de la Fiscalía General y de la pretensión defensiva de que es titular el acusado con la colaboración de su defensor. Incluso en ese escenario hay lugar para la participación del Ministerio Público, con miras al cumplimiento de sus funciones constitucionales, y para la víctima como titular de derechos derivados de la conducta punible. Entre todos esos sujetos procesales se traba un debate, pero sin sentido alguno de pertenencia sobre los elementos de convicción, pues ya no se trata de que la acusación se convenza a sí misma de la legitimidad de su pretensión sino de que un tercero, el juez, mediante pruebas practicadas bajo su dirección y en su presencia, logre un conocimiento aproximado de la verdad para que en ese convencimiento, apoye su con- vicción y con base en ellas tome una decisión en torno a la responsabilidad o inocencia del imputado²⁵.

²⁵ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. *Los nuevos fundamentos de las pruebas penales*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla,

El problema radica en la forma en que puede conducirse el examen judicial crítico en una materia que le es ajena al juez. El Artículo 380 del C. de P. P. expresa que *“Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo...”*²⁶; por su parte, el Artículo 420 consigna que

*“Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas”*²⁷.

El Artículo 372 preceptúa que:

*“Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”; y el artículo 381 señala que “Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”*²⁸.

Las normas mencionadas se constituyen en los insumos que sirven para profundizar en el tema que se esta examinando.

Expresa Vázquez Sotelo como *“no puede quedar el Juez “obligado” a seguir el criterio del informe pericial ya que entonces vendríamos a convertir al perito en juzgador en ese punto consultado”*²⁹. En

similares términos, Alonso Pérez consigna que los informes periciales,

*“cualquiera que sea la autoridad técnica de la persona u organismo que los emita, no gozan de la condición intrínseca de verdad incontrovertible, pues su contenido no revela más que una opinión científica o práctica, (...), pero siempre sometida a la apreciación valorativa del juzgador, conforme al principio de libre valoración de la prueba...”*³⁰.

A primera vista, lo expresado presenta una serie de inconvenientes cuando se trata en particular de la prueba de análisis de ADN. Mediante las diligencias de ADN, específicamente la huella genética, pues el experto no se limita a colocar a disposición del órgano judicial conocimientos técnicos o científicos de los que éste carece sobre circunstancias importantes en el proceso, sino que son capaces de manifestar con un elevado índice de probabilidad que los elementos materiales de prueba hallados en el lugar del crimen o en la víctima proceden de la persona imputada. Naturalmente, con sustento en un procedimiento científicamente contrastado que reduce al mínimo las apreciaciones subjetivas del perito (al contrario de lo que ocurre en una pericia psicológica). No cabe duda de que la obligación de consignar en la elaboración del informe pericial, *“todas aquellas explicaciones que hagan posible su entendimiento en términos que sean manejables para éste (juez) y las partes, siendo imprescindible, de entrada, la claridad y la pedagogía en el lenguaje y razonamientos utilizados en el respectivo informe”*³¹.

No obstante, pese a la complejidad y extensión del experticio científico, es imperativo que el juez para poder valorarlo conozca las razones que llevaron al perito a dictaminar en

Plan integral de formación y capacitación en el sistema penal acusatorio. Bogotá. 2005. pp. 75 y s.s.

²⁶ Artículo 380 del C. de P. P.

²⁷ Artículo 420 del C. de P. P.

²⁸ Artículo 372 del C. de P. P.

²⁹ VÁSQUEZ SOTELO, J. L. *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*. Bosch. Barcelona. 1984. p. 473.

³⁰ ALONSO PÉREZ, Francisco. *Valor probatorio de los informes periciales en el proceso penal*. La ley. Madrid. 1999. p. 16.

³¹ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Trivium. Madrid. 1992. p. 124.

determinada forma, pues si lo acepta sin esos fundamentos, no está creando por sí mismo la fuente del conocimiento, sino que reproduce las argumentaciones del perito. Por ello, las partes deben tener facilidad para fiscalizar los resultados de la prueba, siendo únicamente posible cuando han tenido acceso a las premisas del saber especializado contenido en él. Mientras no consten los razonamientos y la explicación en detalle con el lenguaje más sencillo posible, se estará en el terreno de la indefensión procesal³².

No es nada infrecuente que se manifiesten en los juicios tantas opiniones de expertos como partes intervienen en él. Pero en el de la huella genética, la aplicación de un método científico predomina sobre la interpretación que de los resultados haga el perito y el margen de maniobra de este último se ve considerablemente limitado, pues dicho resultado puede ser contrastado científicamente al objeto de determinar cualquier defecto en el proceso técnico de análisis.

Esas circunstancias han motivado que la huella de ADN haya sido considerada como una «panacea» en la lucha contra el crimen³³. La doctrina indica que en relación al valor probatorio de las huellas genéticas como medio probatorio científico, se ha producido una indeseable restricción de la libre apreciación probatoria judicial y que al carecer los jueces, por regla general, de la capacidad de entendimiento de una ciencia tan compleja, pueden verse complicados por la prueba de huella genética. Existe además el riesgo, no sólo de que ante el elevado valor probatorio que se les atribuye en principio a estos medios, el juez pueda sentirse fácil-

mente vinculado a los mismos, sino de que se prescinda de otras pruebas igualmente eficaces en el esclarecimiento de los hechos. El peligro de la posición dominante o anuladora respecto de los restantes medios de prueba resulta, en principio, ostensible.

De acuerdo pues con el principio de libre valoración de la prueba, todas las circunstancias decisivas para el proceso deben conducir a la personal convicción del juez, y el propio convencimiento y la certeza personal de éste deben servir de fundamento a la sentencia y no el parecer de otra persona. Sólo tras una valoración objetiva y racional puede el juez atribuir eficacia probatoria. Que la actividad y el informe pericial sean altamente especializados no constituye ninguna excepción a esta regla, aunque no se puede ignorar que la influencia que ejerzan en la decisión judicial será sobresaliente. En todo caso, debe excluirse la recepción pasiva de la interpretación de los informes periciales.

Adicionalmente, el juez debe de estar en condiciones de examinar, por sí mismo o con el auxilio de otros peritos, la validez científica y la seguridad y fiabilidad del medio probatorio. La seguridad del método científico no evita la incorrecta aplicación del mismo en el caso concreto, o puede verse disminuida su eficacia por motivo de una defectuosa conservación o contaminación de las muestras. La apreciación crítica de los informes periciales por el juez se hace precisa al no haber quedado excluida la falibilidad humana y al ser inevitables las interpretaciones subjetivas.

Así, para que el informe pericial pueda ser examinado oportunamente, será preciso que éste se extienda más allá de la mera expresión del resultado haciendo constar las sondas y enzimas de restricción empleadas, los alelos analizados, así como la descripción de las técnicas y métodos empleados, etc. En caso contrario, la capacidad del juez de examinar

³² BORRELL CALONGE, Agustín. *La pericia judicial de arquitectos: ámbitos y contenidos materiales*. Poder Judicial. Madrid. 1989. p. 107.

³³ TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*. Trotta. Madrid. 2002. pp. 391 y s.s. Anota como a pesar del carácter científico de la prueba, ella por sí misma, no es garante de la verdad o de la certeza.

críticamente el informe, ya de por sí disminuida por la carencia de los suficientes conocimientos técnicos o científicos, se vería prácticamente anulada e incluso podría verse transgredido el derecho a la defensa de las partes.

Los resultados del análisis de ADN deben ser valorados conjuntamente con el resto de las pruebas practicadas en el juicio por dos razones fundamentales: en primer término porque si bien la falta de coincidencia entre los polimorfismos de ADN de dos muestras permite afirmar con carácter prácticamente absoluto que no proceden de la misma persona, la coincidencia no supone una certeza absoluta en el sentido contrario, sino la mera atribución de un valor probabilístico en ocasiones muy elevado; en segundo lugar, porque el resultado positivo dentro de los límites de la probabilidad, permite exclusivamente una afirmación del siguiente tenor: el ADN hallado en el lugar de los hechos o en la víctima, coincide con el correspondiente a la muestra extraída al sospechoso o tercero, lo cual no significa la participación de este último en los hechos criminales.

Respecto de la segunda de las cuestiones indicadas en el párrafo anterior, aunque refiriéndose a las huellas dactilares, la coincidencia entre las huellas halladas en el apartamento donde se ha cometido un crimen con las obtenidas de cierta persona, permiten deducir únicamente la presencia de la misma en el lugar de los hechos. Estas razones son absolutamente trasladables a la valoración de los resultados del análisis de ADN, de tal modo que la coincidencia en un elevado índice de probabilidad entre la huella genética obtenida de los vestigios biológicos hallados en el lugar de los hechos y la resultante de analizar muestras extraídas al sospechoso o a un tercero, permite deducir única y exclusivamente la presencia de ese sujeto en el lugar de los hechos o la existencia de relaciones sexuales si los vestigios indican un posible delito contra la libertad sexual. En este sentido no parece

gratuita la utilización por la jurisprudencia alemana del término «indicio» (*Indiz, Beweisanzeichen*) para referirse al valor que cabe atribuir a los resultados del análisis de ADN. Como tal indicio ha de ser considerado y, por lo tanto, valorado con las restantes pruebas practicadas.

5.5 La libre valoración de la prueba de ADN y el cálculo de probabilidades

Como se dijo anteriormente, la no coincidencia entre los marcadores genéticos del sujeto a quien se imputa un hecho delictivo y los derivados de los vestigios biológicos hallados en el lugar de los hechos, permite excluir con certeza la hipótesis de que ambas muestras procedan de la misma persona, el margen de error es mínimo y depende casi exclusivamente de la pericia con que se aplica en el laboratorio correspondiente el método de análisis de ADN. La coincidencia de los polimorfismos de ADN analizados en los vestigios y en las muestras no significa, de manera contraria, que ambos procedan con igual grado de certeza de la misma persona. Una afirmación semejante ha de superar el tamiz de una valoración estadística o probabilística.

El desconocimiento por los operadores jurídicos de la complejidad científica de la técnica de ADN, especialmente cuando se trata de los órganos judiciales que deben valorar las pruebas, se traduce en la pretensión de éstos de solicitar del perito que ha intervenido en la operación un cálculo estadístico acerca de la probabilidad de que los vestigios hallados pertenezcan al inculpado. Esta cuestión, que en principio se observa no problemática, encierra, en cambio, algunas operaciones no exentas de dificultad y relacionadas con el cálculo matemático de las probabilidades.

Analizados los marcadores genéticos de un vestigio biológico hallado en el lugar de los hechos o en la víctima del delito, la atribución probabilística de los mismos al inculpado o

sospechoso, exige en primer término conocer con carácter previo la frecuencia con que esos marcadores genéticos están presentes en la población general. Resultan decisivos, por lo tanto, los estudios poblacionales en los que se establecen las frecuencias fenotípicas de los diferentes marcadores en numerosos grupos de población. Pero aquí no terminan las dificultades planteadas por el cálculo de probabilidades y la forma en que el mismo es expuesto por el perito al juez, aspectos que inciden de modo directo y definitivo en la materia de la valoración de la prueba y que, además, exigen del juez una participación activa y decisiva a diferencia de lo que erróneamente pueda considerarse.

Una errónea interpretación de la prueba biológica puede conducir a lo que doctrinalmente se ha llamado la falacia del Fiscal y la falacia de la defensa³⁴. Dicha falacia viene a significar

³⁴ Doctrinalmente CARRACEDO ÁLVAREZ, Angel. *Valoración e interpretación de la prueba pericial sobre ADN ante los tribunales*. Ob. Cit. pp. 1982-1983, sostiene como "Cuándo se analizan polimorfismos genéticos en manchas biológicas y se trata de ver si corresponden a un individuo, cuya sangre también es analizada, pueden suceder dos situaciones: que no coincidan uno o varios marcadores analizados o que coincidan todos. En el primer caso podemos decir que la mancha analizada no corresponde al individuo con un margen de error prácticamente despreciable y que depende, en todo caso, de la seguridad analítica del laboratorio, de ahí la importancia de la acreditación y los controles de calidad.

El problema se presenta cuando coinciden los grupos analizados en el individuo y la mancha. La respuesta que, entonces, los jueces esperan del perito es el conocer la probabilidad de que esa mancha de sangre, ese pelo o ese espermatozoide provenga de ese individuo.

Antes de nada hay que aclarar que aunque coincidan varios marcadores, siempre existirá una incertidumbre sobre si la mancha pertenece al individuo, que, en muchas ocasiones, puede ser mínima, pero siempre es cuantificable y no puede hablarse en ningún caso de incriminación o seguridad absoluta. Siempre se ha de proceder a la valoración probabilística de la coincidencia de perfiles de ADN.

La necesidad de la valoración probabilística es clara: Imaginemos que una mancha de sangre es encontrada en la escena del crimen, y que existe un acusado cuya sangre se analiza. En ambos, mancha y acusado, se estudia el grupo ABO y los dos poseen el grupo A. Como quiera que el grupo A lo posee

que incluso la presentación por el perito de forma aparentemente aséptica de un índice de probabilidad (1%, por ejemplo), puede inducir a una interpretación igualmente incorrecta. La falacia del Fiscal consistirá en afirmar el elevado valor probatorio de la prueba pericial de ADN pues existe una probabilidad del 99%

cerca del 50 por 100 de los individuos, intuitivamente ya se entiende que esa coincidencia tiene escaso valor probatorio porque es un grupo muy común en la población.

Pero imaginemos que se analiza un grupo de ADN: el sistema D12S391, y que tanto la mancha como el acusado poseen el genotipo 16-17, que lo posee una persona de cada cien. Intuitivamente ya se entiende que la prueba científica tiene ahora un valor muy superior que en el caso anterior. Pero en este último caso la prueba se puede presentar ante el juez, como ahora veremos, de forma muy diferente.

El fiscal puede presentar el caso así: «El análisis del laboratorio forense tiene en este caso una enorme importancia. El grupo encontrado lo posee sólo el uno por cien de la población, de modo que sólo hay un uno por ciento de probabilidades de que la sangre provenga de otro que no sea el acusado. Es decir, solo hay el uno por ciento de probabilidades de que algún otro haya cometido el crimen, de modo que el acusado tiene un 99 por 100 de probabilidades de ser culpable».

La defensa puede al contrario decir: «La prueba del laboratorio forense tiene una importancia muy escasa. Sólo el uno por ciento de la población posee ese grupo de ADN, pero en una ciudad como esta... (supongamos que el crimen se cometió en Madrid), con unas 500.000 personas en edad de cometer el crimen, ese grupo sería encontrado en 50.000. El ADN muestra pues que el acusado es una de las 50.000 personas de la ciudad que pudo haber cometido el crimen. Una posibilidad en 50.000 tiene una importancia escasísima para que se considere a esta persona culpable».

Ninguno de estos argumentos es correcto separado uno del otro y han sido denominados la falacia del fiscal y la falacia de la defensa por Thompson y Schumann, quienes, además, demostraron que presentando la prueba de forma aparentemente aséptica (esto es que el perito diga escuetamente que el grupo lo posee el uno por ciento de la población), un elevado porcentaje de individuos cae espontáneamente en una de las dos falacias. Si además se presenta simplemente uno de los dos argumentos la mayoría de las personas piensan que es correcto.

Pero, ¿cuál es la posición correcta? La verdad es que la solución dista mucho de ser intuitiva y la manera correcta de valorar la prueba necesita reflexión y estudio.

El problema es que tanto con las imágenes, como con las palabras y mucho más con las probabilidades no se puede fiar uno, en ocasiones, de la intuición y experiencia pues es fácil que se produzcan paradojas lógicas. Es necesario aprender un método para poder realizar una valoración correcta".

de que los vestigios hallados procedan de la persona imputada. La falacia del defensor consiste en afirmar que en una gran población (500.000 habitantes, por ejemplo), la posibilidad de que existan más personas en quienes coincidan los marcadores genéticos, se multiplica considerablemente (5.000 personas).

Para una correcta valoración de las probabilidades se hace preciso acudir al teorema de Bayes³⁵

³⁵ “Existen al menos dos grandes modelos de valoración racional de la prueba: a) el primero está basado en la aplicación de métodos o instrumentos matemáticos al proceso de valoración; b) el segundo está basado en esquemas de confirmación. Ambos modelos corren paralelos a los dos grandes conceptos de probabilidad: la probabilidad matemática y la probabilidad inductiva. La probabilidad matemática se predica de sucesos y se interpreta en términos de frecuencia relativa de la clase de eventos a la que pertenecen, utilizando para su análisis los métodos estadísticos desarrollados por la matemática. El concepto de probabilidad lógica o inductiva se corresponde con el uso común de “probablemente”, “posiblemente”, “presumiblemente” algo es verdad, y se predica de proposiciones y no de sucesos. Quizá debido al gran desarrollo alcanzado por el cálculo matemático de probabilidades, no faltan los planteamientos que entienden que este cálculo es un buen instrumento para dar también cuenta de los procesos de prueba judicial, aunque aplicando la probabilidad a proposiciones en vez de a sucesos (Bayes). Con todo, en el intento de racionalizar la valoración de la prueba (o de medir su grado de probabilidad), los modelos que más predicamento han alcanzado son los basados en esquemas de confirmación.

El esquema valorativo del grado de confirmación.- El esquema valorativo basado en el grado de confirmación entiende que la probabilidad (lógica o inductiva) de una hipótesis depende del apoyo que le prestan las pruebas con las que está conectada a través de reglas causales. La probabilidad se mide aquí, no en términos de frecuencia relativa, sino de “grado de creencia”, “apoyo inductivo” o “grado de confirmación” de una hipótesis respecto de una información. El esquema valorativo del grado de confirmación es el que mejor se adecua a la estructura de los problemas probatorios con que el juez se encuentra: la existencia de una o varias hipótesis sobre los hechos de la causa y la necesidad de establecer, sobre la base de las pruebas disponibles, cuál de ellas resulta más aceptable o atendible. Es cierto que las situaciones con que puede encontrarse el juez pueden ser muy distintas, por lo que hablar de “esquema de valoración”, sin más, seguramente constituya una simplificación excesiva. No obstante, esta simplificación permite aquí mostrar más claramente los criterios centrales de aceptabilidad de las hipótesis; es decir, las condiciones que autorizan a considerar verdadera la versión de los hechos que representan.

que es el empleado en los cálculos estadísticos

Según el esquema valorativo del grado de confirmación una hipótesis puede aceptarse como verdadera si no ha sido refutada por las pruebas disponibles y éstas la hacen probable (la confirman); o mejor, más probable que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos. Concurren aquí tres requisitos. 1°. No-refutación.- Una hipótesis viene refutada por las pruebas disponibles si éstas se hallan en contradicción con aquélla. Por eso el sometimiento a refutación de las hipótesis es la “prueba de fuego” para poder aceptarlas. Y por eso es necesario que exista en el proceso un momento contradictorio en el que poder refutar las hipótesis. 2°. Confirmación.- Una hipótesis viene confirmada por una prueba si existe un nexo causal o lógico entre ambas (que es una simple ley probabilística o una máxima de experiencia) que hace que la existencia de la prueba constituya una razón para aceptar la hipótesis. El grado de confirmación de una hipótesis es pues equivalente a su probabilidad, es decir, a la credibilidad de la hipótesis a la luz del conjunto de conocimientos disponibles si el grado de certeza de una prueba es débil, el grado de confirmación (o probabilidad) que atribuye a la hipótesis no puede estimarse alto, por más fundada que esté la regla que conecta la prueba con la hipótesis. Por ejemplo, la hipótesis <<A mató a B>> podría venir confirmada por el resultado de una prueba de ADN que estableciera que <<las muestras de piel encontradas entre las uñas de la víctima pertenecen a A>>; o por el testimonio de X que declarara que, aunque estaba muy oscuro, vio que <<A forcejeó con (y apuñaló a) B>>. Parece que el grado de certeza de la primera prueba es mayor que el de la segunda, por lo que el grado de confirmación o probabilidad de la hipótesis ha de ser también mayor en el primer caso que en el segundo. 3°. Mayor probabilidad que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos.- Al final del proceso de confirmación y sometimiento a refutación de las hipótesis puede resultar que hipótesis rivales estén suficientemente fundadas, o que ninguna de ellas resulte suficientemente probada en detrimento de la otra. Es decir, el proceso de prueba puede concluir sin resultado claro. La necesidad que tiene el juez de resolver a pesar de este resultado estéril, queda entonces cubierta por el reconocimiento (implícito o explícito) de reglas legales de decisión que indican al juez en cada caso en favor de qué hipótesis ha de orientarse la solución. El in dubio pro reo en el proceso penal y, en general, las reglas sobre la carga de la prueba constituyen ejemplos de las mismas. Por lo demás, téngase en cuenta que la mayor confirmación que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos es una cuestión de grado. Cosa distinta son las exigencias institucionales que puedan existir en este punto, que pueden imponer requisitos más o menos severos para aceptar una hipótesis. Así, mientras que en los procesos civiles suele bastar con que el resultado de la prueba sea una probabilidad preponderante, en los procesos penales suele exigirse un resultado (probabilístico) más allá de toda duda razonable”. GASCÓN ABELLAN, Marina. Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN. Universidad Castilla – La Mancha. Sin fecha de edición. pp. 1-12.

de paternidad, así como en criminalística. Este teorema es una consecuencia inmediata de la ley de multiplicación que sirve para conocer las probabilidades finales de un suceso a partir de las probabilidades iniciales, dada cierta información o informaciones adicionales obtenidas. El método proporciona una forma adecuada de incorporar información previa de un suceso además de permitir incorporar información posterior cuando ésta sea accesible. Es erróneo el proceder de algunos peritos que al ser requeridos para presentar un índice de probabilidades de que los vestigios hallados corresponden a la persona de quien se han extraído las muestras (inculpado), asignan automáticamente un valor 0'5 a la probabilidad *a priori*, es decir, otorgan *a priori* al acusado tantas probabilidades de ser culpable como de ser inocente. En este caso el perito está asumiendo la labor del juez, pero compete a este último determinar *a priori* si el acusado es más culpable que inocente, más inocente que culpable o tiene las mismas posibilidades de ser culpable o inocente. Conviene recordar el enunciado del teorema de Bayes y relacionarlo con lo indicado párrafos más arriba acerca de la participación activa del juez en la valoración de la prueba de ADN.

Aplicando el teorema de Bayes³⁶, la probabilidad de que pertenezcan a una persona los vestigios hallados una vez analizados sus marcadores genéticos, resultaría de la aplicación de la presente fórmula:

³⁶ Sobre el teorema de BAYES y su aplicación práctica a la prueba de ADN, pueden consultarse entre otras las siguientes obras: YUNIS TURBAY, Emilio José, et al. *El ADN en la identificación humana*. Temis. Bogotá. 2002. Capítulos VI y XI. Ferreyra de la Rúa, Angeli- na, et al. "Prueba científica. Examen de ADN y otros análogos. Inspección corporal". En: *Revista Prueba ilícita y prueba científica*. Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires. 2008. pp. 33 – 72. CHIERI, Primarosa, et al. *Prueba del ADN*. Astrea. Buenos Aires. 2001. p. 55 y s.s. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons. Madrid. 2004. p. 162 y s.s.

$$P(C) = \frac{P_0 \times P(E/C)}{P_0 \times P(E/C) + (1-P_0) \times P(E/I)}$$

Donde P(C) corresponde a la probabilidad de culpabilidad una vez practicada la prueba científica, P_0 la probabilidad *a priori* de culpabilidad, P(E/C) la probabilidad de la prueba científica dada la culpabilidad y P(E/I) la probabilidad de la prueba científica dada la inocencia. Si partimos, a modo de ejemplo, de que los marcadores genéticos analizados se repiten conforme al estudio poblacional en un 1% de personas y de que el perito ha atribuido una probabilidad de culpabilidad del 50%, el resultado final sería el siguiente:

$$P(C) = \frac{0'5 \times 1}{(0'5 \times 1) + (0'5 \times 0'01)} = 0'909 = 90'9\%$$

El cálculo de probabilidades obtenido resulta, como se ha señalado, de atribuir una probabilidad *a priori* de culpabilidad del 50% (0'5). Este porcentaje que se atribuye *a priori* puede conducir a engaño, pues si bien es cierto que de existir dos posibilidades (positiva-negativa) aleatorias de resultado, es posible que ocurra tanto una como la otra. La aportación del teorema de Bayes permite afinar el cálculo de probabilidades incorporando información *a priori*, lo que supone un riesgo y la asunción por el juez de dicha responsabilidad, pues a él corresponde ponderar los indicios y las restantes pruebas concurrentes y sustituir el 50% por una cifra progresivamente más elevada a medida que se incrementan los indicios o pruebas inculpatorias o rebajarla también progresivamente a medida que disminuyen dichos indicios.

La aportación del teorema bayesiano permite restablecer el principio de libre valoración de la prueba en toda su extensión cuando parecía que, precisamente, la aplicación de los métodos científicos reducía la capacidad judicial de apreciar críticamente los resultados probatorios.

La exposición de los resultados derivados del análisis de ADN suscita serios inconvenientes: desde la perspectiva del perito, incluso las más loables pretensiones de presentarlos de forma aséptica, pueden conducir a la falacia del Fiscal y de la defensa y, desde el punto de vista judicial, impiden la apreciación y valoración crítica del resultado de los análisis.

El momento procesal oportuno para atribuir la probabilidad de culpabilidad *apriori* parece ser lógicamente el inmediatamente posterior a la conclusión del juicio; en este momento, podrá el juez, sin menoscabo de la presunción de inocencia y en vista del resultado más o menos incriminatorio o absolutorio de las pruebas practicadas, determinar dicho valor, no antes.

Ahora bien, si corresponde retardar en virtud de la presunción de inocencia la atribución de la probabilidad *apriori*, ¿cómo ha de presentar su informe el perito en el acto del juicio oral? Caben dos posibilidades: la primera consiste en que el perito exponga su cálculo de probabilidades como se ha indicado en el ejemplo anterior, es decir, atribuyendo de antemano el propio perito un valor del 50% de culpabilidad reservándose el juez la potestad de alterarla posteriormente. Esta opción presenta el inconveniente de presentar un resultado probabilístico con independencia del resto de indicios o pruebas que se hayan practicado en el juicio oral, desvirtuándolo en definitiva y generando una gran confusión (especialmente si se trata del Tribunal del Jurado).

Además, presupone que el juez está al corriente de los métodos matemáticos bayesianos de cálculo de probabilidades, junto con el papel judicial que indebidamente se arroga el perito. La segunda posibilidad consiste en que el perito presente no uno, sino varios cálculos posibles de probabilidad en los que se reflejen diversos valores *apriorísticos* para que el

Tribunal atendiendo al valor incriminatorio o exculpatorio se decida por uno de ellos³⁷.

Para concluir, puede indicarse como pese a subsistir el interrogante acerca de qué ciencia merece ser admitida y usada en el ámbito de los procesos, es innegable que el derecho no puede ser ajeno a los adelantos científicos y tecnológicos. Con todo, en este breve panorama, puede advertirse que uno de los problemas de los cuales adolece aún la prueba científica del ADN es su fiabilidad, los métodos o técnicas empleadas que subyacen a su validez.

Las pruebas científicas han incrementado incuestionablemente las posibilidades de averiguar la verdad, pero su valor en el proceso depende de que concurran las circunstancias que las hacen válidas y de que sus resultados se interpreten correctamente. El perito tiene una responsabilidad al respecto: comunicar al juez, en los términos más rigurosos y claros posibles, el margen de incertidumbre de la opinión que emite. Pero es al juez a quien corresponde verificar la validez de las pruebas y atribuirles un valor en la decisión que debe adoptar.

³⁷ Existe un cuestionamiento de fondo frente a la probabilidad subjetiva en la que se funda el Teorema de Bayes, pues se expresa que el resultado del cálculo depende de las probabilidades *a priori*, pero ¿cómo se determinan las probabilidades *a priori* o previas? “*El alcance del cálculo bayesiano bajo la interpretación de la probabilidad subjetiva es el de determinar la racionalidad del cambio de creencias, entre otros. Pero si la creencia de partida, la probabilidad inicial, es distinta entre dos sujetos, entonces la probabilidad final también lo será (salvo una rara coincidencia por compensación de probabilidades en función del valor probatorio atribuido al elemento de juicio). Así, dos jueces distintos arribarán a resultados probatorios distintos a partir de los mismos elementos de juicio si han asignado probabilidades iniciales distintas a la hipótesis a probar. Y las creencias de ambos serán racionales si el cambio del grado de creencia inicial al grado de creencia final condicionado ha seguido el esquema del teorema de bayes. Pero no hay un parámetro de racionalidad externo al sujeto con el que medir su decisión*”. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons. Madrid. 2007 p. 110 y s.s.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, Francisco. *Valor probatorio de los informes periciales en el proceso penal*. La ley. Madrid. 1999.
- ÁLVAREZ-CUBERO, MJ., et al. “Nuevas aplicaciones en identificación genética”. En: *Cuadernos de medicina forense*. Número 1-2. Volumen 16. Enero-junio de 2010. Sevilla.
- Artículo 1º de la Ley 721 de 2001.
- BORRELL CALONGE, Agustín. *La pericia judicial de arquitectos: ámbitos y contenidos materiales*. Poder Judicial. Madrid. 1989.
- CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Trivium. Madrid. 1992.
- CARRACEDO ÁLVAREZ, Angel. *Valoración e interpretación de la prueba pericial sobre ADN ante los tribunales*. Universidad Santiago de Compostela. Instituto de medicina Legal. Santiago de Compostela.
- CHIERI, Primarosa, et al. *Prueba del ADN*. Astrea. Buenos Aires. 2001.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. “Pericia genética y proceso penal”. En: *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Número 9. 1998.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-476 de 10 de mayo de 2005. MP. Alfredo Beltrán Sierra.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-807 de 3 de octubre de 2002. MP. Jaime Araujo Rentería.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-808 de 3 de octubre de 2002. MP. Jaime Araujo Rentería.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia S-026 de 10 de marzo de 2000. MP. Jorge Santos Ballesteros.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 5 de noviembre de 2003. Expediente 7182. MP. Edgardo Villamál Portilla.
- ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Los análisis de Adn y su aplicación al proceso penal*. Comares. Granada. 2000.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons. Madrid. 2007.
- Ferreya de la Rúa, Angelina, et al. “Prueba científica. Examen de ADN y otros análogos. Inspección corporal”. En: *Revista Prueba ilícita y prueba científica*. Rubizal – Culzoni. Buenos Aires. 2008.
- FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN. Semanario Sistema Acusatorio No. 17. Enero 11 de 2005.
- GASCON, Marina. *La prueba judicial: valoración racional y motivación*. Universidad de Castilla – la Mancha. Sin fecha.
- _____. *Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons. Madrid. 2004.
- HUERTAS MARTÍN, María. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Bosch. Barcelona. 1999.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN”. En: *Genética y Derecho*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Núm. VI. 2004. Madrid.
- LORENTE ACOSTA, José Antonio, et al. “La tecnología del ADN en medicina forense: importancia del indicio y del lugar de los hechos”. En: *Cuadernos de Medicina Forense*. Número 3. Enero 1996. Madrid.
- MORA SÁNCHEZ, Juan. *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*. Comares. Bilbao-Granada. 2001.
- ORDÓÑEZ FERNÁNDEZ, Carmelo. “Pruebas biológicas de paternidad. Estudio crítico de

la prueba pericial. Garantías de la prueba y su _____ *La prueba de los hechos*. Trotta. incidencia en la determinación de la decisión judicial”. En: *La Ley*. Número 3785. Madrid. 23 de mayo de 1995.

PUENTES, Orlando Enrique. “La argumen- tación del perito”. En: *Sistema penal acusatorio. Rol del perito y de la policía judicial*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2006.

QUEVEDO GOICOECHEA, Alina. *Genes en tela de juicio*. Mc Graw Hill. Madrid. 1997.

RIVERA MORALES, Rodrigo. *La valoración de la prueba científica en el proceso judicial*. Instituto Procesal Colombo Venezolano. Caracas. 2007.

ROMEO CASABONA, Carlos, *Del gen al dere- cho*. Universidad Externado. Bogotá. 1998.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Marcial Pons. Madrid. 2008.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOM- BIA. Sistema penal acusatorio. Rol del perito y de la policía judicial. Bogotá. 2006.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. *Los nuevos fundamentos de las pruebas penales*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, Plan integral de formación y capacitación en el sistema penal acusatorio. Bogotá. 2005.

VÁSQUEZ SOTELO, J. L. *Presunción de inocen- cia del imputado e íntima convicción del tribunal*. Bosch. Barcelona. 1984.

YUNIS TURBAY, Emilio José, et al. *El ADN en la identificación humana*. Temis. Bogotá. 2002. Capítulos VI y XI.

www.bucklin.org/fed_rule_702.

UNIDAD III LA ACTIVIDAD PROBATORIA PERICIAL

2) Acuerdo Plenario N° 04-2015/CIJ-116

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 1-2015/CIJ-116

Fundamento: Artículo 116° TUO LOPJ.

Asunto: Sobre la aplicación judicial del artículo 15° del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes.

Lima, dos de octubre de dos mil quince.-

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 246-2015-P-PJ, de fecha 10 de junio de 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, acordaron realizar el IX Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial-en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. En esta etapa fueron recepcionados importantes aportes orales y escritos formulados por DEMUS- Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer y por la Defensoría del Pueblo, los cuales han sido analizados e incorporados como material informativo para la elaboración del presente Acuerdo Plenario. Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados-, en las sesiones de fecha 12 de agosto último, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así cómo se establecieron los temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el 3 de setiembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los jueces supremos de ambas Salas Penales.

4°. La tercera etapa del IX Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, cuya labor recayó en los respectivos jueces ponentes en cada uno de los temas. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviniendo como ponente el señor Prado Saldarriaga.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Antecedentes del Problema

6°. Históricamente los delitos de violencia sexual contra menores de catorce años de edad han generado siempre una grave alarma social. Por tal razón en la legislación vigente ellos están sancionados con penas muy severas, entre las que se incluye a la cadena perpetua. En la actualidad la judicatura penal nacional viene registrando una recurrencia relevante de procesos por delitos de abuso y violencia sexual en agravio de niñas y adolescentes menores de 14 años, los cuales tienen como autores a integrantes de comunidades campesinas y amazónicas del país. La presencia de esta clase de delitos y de procesos penales marca sus mayores indicadores de frecuencia en los Distritos Judiciales de Cajamarca, Loreto, San Martín, Ayacucho, Puno y Cuzco.

7°. La mayoría de estos casos guarda relación con la existencia de patrones culturales tradicionales que inciden en la potenciación de la vulnerabilidad sexual de niñas y adolescentes menores de 14 años. En lo esencial, por ejemplo, es común encontrar como razón etiológica de estos sucesos una arraigada tolerancia y fomento social en las comunidades campesinas y amazónicas, ubicadas en aquellas áreas geográficas del territorio nacional, hacia el sometimiento a prácticas sexuales tempranas de las niñas o adolescentes desde que ellas comienzan a menstruar. Para los investigadores de esta actitud cultural, ella refleja un consolidado modelo histórico de discriminación social y política de la mujer indígena que tiene un origen y connotación androcentrista [Cfr. Villanueva Flores, Rocío: Constitucionalismo, pluralismo jurídico y derechos de las mujeres indígenas, en Revista de Derecho Público N° 32, Enero-Junio 2014, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, p. 17 y ss.]. Es más, dicho patrón cultural se reproduce en los siguientes comportamientos y creencias:

1. Toda menor de edad que menstrúa puede mantener relaciones sexuales y ser sometida a ellas.
2. Prácticas arraigadas de matrimonios arreglados para niñas o adolescentes menores de catorce años.
3. Venta de niñas o adolescentes menores de catorce años con fines matrimoniales.
4. Validación y tolerancia del "robo" (rapto).
5. Legitimación de prácticas sexuales tempranas consentidas.

8°. En ese contexto, otro componente que también incide negativamente en la extensión de la imagen del problema descrito, lo constituye la aplicación indebida o distorsionada que viene haciendo la justicia penal nacional de las consecuencias jurídicas que regula el artículo 15° del Código Penal ("El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenua la pena"). Esta práctica disfuncional de los órganos jurisdiccionales coadyuva determinadamente a que tales actos de agresión sexual queden impunes o sean objeto de penas simbólicas o extremadamente atenuadas. Pero, también, en conexión con lo anterior el proceder judicial adolece de otras disfunciones como las siguientes:

1. Tendencia prevalente en las sentencias penales a validar (absolución) o minimizar (aplicar penas leves) el tratamiento de los perpetradores de actos de violencia sexual contra niñas o adolescentes menores de catorce años de edad, en aplicación del artículo 15°, sin mediar una pericia antropológica.
2. Interés fundamental del órgano judicial por identificar con la pericia antropológica solo la condición de aborigen, nativo o campesino del imputado, haciendo a un lado el análisis del contexto cultural que determinó la agresión sexual.
3. Invisibilización frecuente de la víctima en los procesos judiciales.
4. Ausencia de otros medios de contrastación de las costumbres o patrones culturales que influyeron en la conducta delictiva para decidir la aplicación de los efectos del artículo 15° del Código Penal.
5. Escaso conocimiento y utilización práctica de los protocolos de actuación judicial intercultural.
6. Distorsión ideológica sobre el rol y situación de la víctima de la violencia sexual ("prestó su consentimiento", "sus padres y la comunidad lo aceptaron", "así son pues sus costumbres").
7. Falta de equidad y sensibilidad en las decisiones judiciales sobre la reparación de los daños sufridos por la víctima.

9°. Todo parece indicar que estas malas prácticas judiciales guardan relación directa con una inadecuada o parcializada información que recepciona el órgano jurisdiccional desde los contenidos y conclusiones de las pericias antropológicas, dispuestas y realizadas para explicar la trascendencia intercultural de los hechos de agresión sexual imputados [Conforme Guevara Gil, Armando: El peritaje antropológico en la Corte Superior de Justicia de Loreto; Verona Badajoz, Aarón: ¿Pluma o espada? La desnaturalización del peritaje antropológico. Análisis de seis peritajes, ambos en Guevara Gil, Armando - Verona Badajoz, Aarón - Vergara, Roxana (Editores), El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica, Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento Académico de Derecho, Lima 2015, p. 167 y ss.]. A dicha deficiencia informativa cabe añadir también la falta de otros medios de contraste que sean igualmente idóneos para entender o contrastar el real significado intercultural del delito cometido. Entre las principales observaciones que cabe formular a tales instrumentos técnicos de auxilio judicial cabe señalar las siguientes:

- A. Pericias que solo aportan información insuficiente y general.
- B. Limitada capacidad, calidad y experiencia técnica de los peritos.
- C. Referencias escasas y genéricas sobre los patrones culturales que determinan la tolerancia de prácticas sexuales con menores de 14 años (madurez sexual temprana, relaciones prematrimoniales, acuerdos entre los padres de la menor y el hombre, relaciones sexuales intrafamiliares, falta de costumbres de enamoramiento).
- D. Necesidad, no siempre justificada, de aplicar a todo caso el artículo 15°, como vía exclusiva y excluyente de realización de una justicia penal intercultural.
- E. Reflexiones y cuestionamientos legales impertinentes sobre la severidad de las penas solicitadas por el Ministerio Público.
- F. Validación cultural de prácticas sexuales realizadas con niñas y adolescentes, cuando fueron consentidas y la denuncia de los hechos fue realizada por terceros.
- G. Tendencia a construir las conclusiones periciales como un alegato de defensa a favor del procesado, lo que afecta la objetividad del análisis técnico del caso.
- H. Marcado compromiso emotivo de los peritos con los imputados que pertenecen a otros contextos culturales y son sometidos a la justicia penal, lo que los lleva a sostener una constante presunción de inocencia por motivos culturales.

§ 2. Oportunidades interculturales y jurídicas para superar la problemática detectada

10°. En la actualidad existen diferentes estudios antropológicos sobre la problemática de las relaciones sexuales tempranas con niñas y adolescentes menores de 14 años que han puesto en evidencia la existencia al interior de las comunidades andinas y amazónicas peruanas de importantes vetas de ilustración, que cuestionan críticamente los patrones culturales hegemónicos que inciden en el mantenimiento y fomento de tales prácticas. Así lo demuestran los estudios empíricos realizados en núcleos campesinos de Bambamarca por Gittlitz, y, entre las mujeres, de la etnia Awajún por Fuller Osoreo. El primero ha desmitificado que el matrimonio con niñas o adolescentes menores de 14 años sea una costumbre, así como ha demostrado que entre estos núcleos campesinos coexisten notables manifestaciones de rechazo a todo abuso sexual contra menores de 13 años [Gittlitz, John Stephen: La Cultura es más Compleja de lo que Pensamos: Artículo 15 y la Violencia sexual de menores. Ponencia inédita sustentada en el Seminario Internacional Criterios para la aplicación del artículo 15 del Código Penal referido al error de comprensión culturalmente condicionado aplicado a los delitos contra la libertad sexual. Cajamarca, 14 de agosto de 2015]. Por su parte, la segunda, también ha puesto en evidencia que actualmente las mujeres jóvenes y adultos demandan, desde el interior de las etnias amazónicas, que no se les entregue a temprana edad para convivir con hombres y tener relaciones sexuales [Fuller Osoreo, Norma: Género, justicia e interculturalidad. Ponencia inédita sustentada en el Seminario Internacional Criterios para la aplicación del artículo 15 del Código Penal referido al error de comprensión culturalmente condicionado aplicado a los delitos contra la libertad sexual. Cajamarca, 14 de agosto de 2015].

Pero, además, entre órganos representativos de las autoridades comunales, como la Central Única de Rondas Campesinas del Perú, se ha detectado, igualmente, tendencias a favor de cambiar aquellas prácticas de discriminación y agresión de género. En efecto, en un comunicado sobre la materia, del 21 de setiembre de 2015, hecho público durante el desarrollo del

VI Congreso Internacional de Justicia Intercultural realizado en Puno, dicho colectivo anunció su voluntad de reconocer el derecho de las mujeres, niñas y adolescentes a una tutela jurisdiccional efectiva frente a todo abuso y forma de violencia sexual que se cometa en el espacio donde la justicia ronderil ejerce competencia. Esta importante declaración incluyó también la promoción de acciones para propiciar “una mayor participación de las mujeres en la administración de justicia y el cambio de prácticas sociales machistas o de abuso... y una mejor comprensión de sus derechos”.

11°. En el ámbito jurídico confluyen múltiples declaraciones regionales especializadas e instrumentos internacionales, suscritos por el Perú, que demandan, también, que las conductas y costumbres que afectan a las mujeres, niñas y adolescentes en entornos interculturales sean modificadas o removidas por constituir estas modalidades graves de discriminación y violencia de género; [Conforme: Centro De Culturas Indígenas Del Perú (et al.): Un Continente, Un solo Espíritu. Memoria del IV Encuentro Continental de Mujeres Indígenas de las Américas, Lima 2004, p. 114 y ss.]. Ejemplo de esta tendencia normativa es el artículo 7.e de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer-Convención de Belém Do Pará. Según esta disposición: “Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en: (...) Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”. En ese mismo sentido, la 57ª Sesión de la Comisión de la Condición de la Mujer de las Naciones Unidas, emplazó a los Estados para la creación de “mecanismos de accesibilidad a la justicia ordinaria para mujeres indígenas, a través de la capacitación y sensibilización de las y los funcionarios que imparten justicia en materia de derechos individuales y colectivos con enfoque de interculturalidad y de género...” (Declaración de las Mujeres Indígenas. Numeral 5. Naciones Unidas. Nueva York. Marzo de 2013). Además, se viene produciendo un cambio de enfoque y de praxis entre los órganos de la justicia ordinaria y constitucional de nuestra región frente a los abusos sexuales contra menores en contextos pluriculturales. Al respecto se marca la necesidad de abordar tales conflictos interculturales desde un test de compatibilidad y ponderación con las exigencias derivadas del principio universal de prevalencia del interés superior del niño [Sánchez Botero, Esther: Violencia sexual a menores y pluralismo jurídico en contextos multiculturales. Experiencia Colombiana. Ponencia inédita sustentada en el Seminario Internacional Criterios para la aplicación del artículo 15° del Código Penal referido al error de comprensión culturalmente condicionado aplicado a los delitos contra la libertad sexual. Cajamarca, 14 de agosto de 2015]. En coherencia con ello la Corte Constitucional Colombiana ha sostenido lo siguiente: “En principio la competencia para resolver los conflictos relacionados con niños indígenas están en el seno de la comunidad a la que pertenecen y deben ser resueltos por sus autoridades conforme a sus usos y costumbres. En este ámbito se debe observar el principio pro infans que consiste en la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Sin embargo, cuando la jurisdicción indígena o la misma comunidad viola los contenidos esenciales que forman parte de las restricciones de la jurisdicción indígena, se puede tutelar por parte de la restricciones de la jurisdicción ordinaria los derechos de los niños indígenas, ya que estos conservan sus derechos individuales que no pueden ser negados por la colectividad” (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T 617 de 2010).

12°. Cabe señalar que en el marco normativo interno también concurren disposiciones normativas concordantes con las aludidas normas internacionales. Por ejemplo, el texto aprobado recientemente por el Congreso Nacional de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo familiar, destaca que el enfoque de interculturalidad: “Reconoce la necesidad del diálogo entre las distintas culturas que se integran en la sociedad peruana, de modo que permita recuperar, desde los diversos contextos culturales, todas aquellas expresiones que se basan en el respeto a la otra persona. Este enfoque no admite aceptar prácticas culturales discriminatorias que toleran la violencia u obstaculizan el goce de igualdad de derechos entre personas de géneros diferentes” (Artículo

3.3). Asimismo, declara que “las mujeres y los integrantes del grupo familiar tienen derecho a una vida libre de violencia, a ser valorados y educados, a estar libres de toda forma de

discriminación, estigmatización y de patrones estereotipados de comportamientos, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación" (Artículo 9°). Por su parte, el marco normativo institucional del Poder Judicial, particularmente aquel que orienta el desarrollo de políticas y estrategias institucionales de gestión de casos de naturaleza intercultural, también ha regulado sobre la interdicción y deslegitimación de aquellas decisiones judiciales que puedan avalar, directa o indirectamente, la violencia sexual contra la mujer. Al respecto, el Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que involucren a Ronderos ha establecido en las Reglas de Actuación N° VIII (9 y 10) lo siguiente:

"Si los jueces requieren información especializada para la valoración de los aspectos culturales del caso, solicitarán la realización de peritajes antropológicos-jurídicos a cargo de profesionales especializados e informes ilustrativos a las autoridades comunales y ronderas. Los jueces podrán solicitar a las organizaciones de los comuneros o ronderos involucrados en el proceso la información adicional que consideren pertinente para comprender mejor el contenido cultural y la naturaleza de los hechos controvertidos.

Los jueces no podrán realizar o aceptar conciliaciones que vulneren derechos fundamentales, especialmente en casos de violencia familiar o violencia sexual."

13°. Es, pues, en este marco de problemas y alternativas, que se hace necesaria la reorientación del proceder judicial en los procesos penales por delitos sexuales en agravio de niñas y adolescentes menores de catorce años, los cuales fueron cometidos por miembros de comunidades campesinas y nativas alegando la práctica de costumbres ancestrales. En torno a ello, sin embargo, es importante reconocer, como lo advierte la antropóloga Norma Fuller, que este tipo de problemas de la justicia intercultural constituye una compleja paradoja y desafío por lo que, en principio, no es posible abordar tal problemática con criterios generales. Por consiguiente, las alternativas pertinentes de solución de tales conflictos deben identificarse y evaluarse caso por caso. Sobre todo, porque en dicho ámbito confluyen en paralelo dos demandas reivindicativas contemporáneas y legítimas, que han merecido igual reconocimiento y amparo del derecho convencional y constitucional [Fuller Osorio, Norma: Género, justicia e interculturalidad. Ponencia inédita sustentada en el Seminario Internacional Criterios para la aplicación del artículo 15° del Código Penal referido al error de comprensión culturalmente condicionado aplicado a los delitos contra la libertad sexual. Cajamarca, 14 de agosto de 2015]. En efecto, de un lado, se posesiona la válida exigencia de un respeto irrestricto a la diversidad cultural de los pueblos originarios. Y, de otro lado, emerge la demanda impostergable de alcanzar la plena igualdad e inclusión social de las mujeres a la vez que de impedir que se perpetrén contra ellas formas graves de discriminación o violencia de género. Esta, necesidad, pues, de un tratamiento selectivo, prudente y equilibrado de este tipo de conflictos penales interculturales, es también destacada implícitamente en la precitada Ley aprobada para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar. En ella se precisa que "La intervención de los pueblos indígenas u originarios en casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se sujeta a lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución Política" (Artículo 47°). Teniendo en cuenta, pues, tales posibilidades y límites, resulta oportuno que el Poder Judicial a través de sus instancias jurisdiccionales desarrolle dos estrategias mínimas para modificar la situación problemática que se ha descrito. En la implementación de ambas, sin embargo, debe patentizarse y ser transversal la transparente y legítima voluntad institucional de aplicar un enfoque de género y de prevalencia del interés superior de las niñas y adolescentes de las comunidades andinas y amazónicas en la gestión de los casos judicializados por delitos de violencia sexual. Pero, además, tales opciones estratégicas y toda acción que de ella derive deberá de observar siempre el respeto irrestricto por la autonomía y diversidad cultural de las comunidades campesinas y nativas del país, así como por la jurisdicción y fuero especial que les reconoce la Constitución.

14°. La primera estrategia consiste en propiciar un diálogo intercultural con las autoridades de la jurisdicción especial cada vez que se presenten ante los jueces penales de la jurisdicción ordinaria casos de relevancia intercultural vinculados a delitos de violación y abuso sexual de niñas y adolescentes menores de catorce años. Ello con la

finalidad de que el juez penal ordinario pueda evaluar mejor la incidencia de patrones culturales en la realización del hecho punible y de validar su propia competencia funcional. La segunda estrategia, en cambio, tiene un sentido fundamentalmente operativo, ya que radica en la provisión, difusión y consolidación de criterios jurisprudenciales de eficacia vinculante que eviten el uso arbitrario e inadecuado del artículo 15° del Código Penal, a favor de los autores de tales delitos y con afectación del derecho de las víctimas a la justicia.

15°. El presente Acuerdo Plenario constituye, pues, la materialización inicial y concreta de la segunda de aquellas dos estrategias. Con él se busca insertar y fomentar un enfoque de género y de prevalencia del interés superior del niño en las decisiones judiciales de índole intercultural vinculadas con la discusión procesal sobre la debida aplicación de la eximente o reducción punitiva que propone el artículo 15° del Código Penal. Pero, también, a través de sus contenidos se procura incidir en la necesidad de corregir, a partir de estándares de calidad, las malas prácticas identificadas en la elaboración técnica, interpretación jurisdiccional y valoración de las pericias antropológicas o informes de intermediación cultural. Esto es, en todo medio de auxilio judicial pertinente para dilucidar la intensidad y legitimidad de los factores o características de índole intercultural, útiles para esclarecer el real significado sociocultural de los actos de sometimiento a niñas y adolescentes menores de catorce años a relaciones sexuales tempranas e imputados a miembro de comunidades campesinas y nativas.

§ 3. Lineamientos para la adecuada aplicación judicial del artículo 15° en procesos penales interculturales por agresión sexual contra niñas y adolescentes

16°. El artículo 15° del Código Penal regula una causal de exculpación, plena o relativa, que opera en aquellos casos donde la realización de un hecho que la ley penal califica como delito, le es imputado a quien por su cultura y valores originarios no puede comprender tal condición antijurídica y, por ende, tampoco está en capacidad de determinar su conducta conforme a tal comprensión. La doctrina penal nacional ha aportado en torno a dicho dispositivo legal diferentes lecturas y funciones dogmáticas. En tal sentido, se le ha considerado como una modalidad especial de error de prohibición o de causal de inimputabilidad o incapacidad penal [Conforme Villavicencio Terreros, Felipe: Derecho Penal. Parte General, Grijley, Lima 2013, p. 622 y ss.; Hurtado Pozo, José - Prado Saldarriaga, Víctor: Manual de Derecho Penal. Parte General, 4° edición, Tomo I, Idemsa, Lima 2011, p. 608 y ss.; Meini, Iván: Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Teoría General del Delito, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2014, p. 153 y ss.]. Ahora bien, la consecuencia jurídica prevista por dicho artículo afecta siempre la punibilidad del hecho ilícito imputado. Por consiguiente, si se cumplen sus presupuestos normativos el agente, según los casos, no será sancionado penalmente o se le aplicará una disminución punitiva. Ahora bien, los riesgos o impactos negativos, derivados de una aplicación judicial indebida o distorsionada de tales efectos de exoneración o disminución punitiva, al recaer sobre potenciales autores de delitos tan sensibles para la comunidad nacional, como son las agresiones sexuales contra niñas y adolescentes menores de catorce años, proyectan un equivocado mensaje psicosocial de tolerancia o validación judicial de un acto delictivo. Esto es, transmiten o promueven una sensación colectiva de impunidad frente a la cual solo se esgrime como justificación el origen cultural del infractor, lo cual, por su insuficiencia o argumentación aparente, resiente toda concesión razonable de tutela jurisdiccional efectiva para los derechos fundamentales de las víctimas. Es más, como advierte un sector de la doctrina, tales prácticas erradas de la judicatura, sobre la interpretación y los límites constitucionales de la diversidad cultural, solo expresarían "una contradicción paradójica en el sistema: garantizar los derechos fundamentales de la persona y, al mismo tiempo, considerar eximentes de pena a pautas culturales o costumbres contrarias a estos mismos derechos" [Hurtado Pozo, José - Prado Saldarriaga, Víctor: Manual de Derecho Penal. Parte General, op. cit., p. 614]. Por tanto, pues, deben fijarse lineamientos ideológicos y prácticos que posibiliten una atinada gestión de los procesos penales por tales delitos, a la vez que vinculen a los jueces penales con una delicada y escrupulosa aplicación del artículo 15° del Código Penal a los imputados. En coherencia con tales finalidades, es menester que los órganos jurisdiccionales penales de todas las instancias adopten y utilicen los siguientes criterios:

i. Desarrollar una aplicación selectiva y restringida del artículo 15° del Código Penal, a fin de que éste no proyecte indebidamente sus efectos sobre autores de delitos de abuso y violencia sexual en agravio de niñas y adolescentes menores de 14 años. Por tanto, deben excluirse de los alcances de dicha disposición y reprimirse penalmente, toda forma violenta de abuso o prevalimiento que hayan utilizado los imputados para someter a la víctima menor de catorce años de edad a un acceso carnal. No siendo, en ningún caso, excusa suficiente el aval posterior de tales actos por parte de familiares o la aceptación por estos de cualquier forma de compensación, toda vez que la vulneración de derechos fundamentales, especialmente en casos de violencia sexual de menores de catorce años de edad, no admite compensación ni conciliación alguna. Al respecto, se valorará la fenomenología casuística relevante como las notorias diferencias de edad entre el autor y la víctima, la oportunidad y las circunstancias del hecho, la condición de vulnerabilidad de la menor agraviada, el estado civil del agresor al momento del hecho, la existencia de formas de negociación o arreglo para la entrega con fines de prácticas sexuales de la menor al margen de su voluntad y consentimiento, la aceptación de formas posteriores de composición o indemnización, la constitución y duración forzada de un estado de convivencia posterior a los hechos, el grado de aculturación adquirido por el imputado, entre otros análogos, los cuales deberán ser apreciados y motivados en cada caso por el juez para decidir su relevancia intercultural o su significado de género.

ii. La construcción técnica e idónea de las pericias antropológicas en procesos penales sobre la materia. La pericia antropológica es obligatoria e imprescindible, en todos los casos, para decidir la aplicación del artículo 15° del Código Penal. El órgano jurisdiccional debe, además, supervisar que la pericia sea practicada por un profesional idóneo y con experiencia acreditada en la materia. En cuanto a su contenido y alcances, la pericia antropológica debe centrarse en el origen de la costumbre invocada y en su validez actual, procurando auscultar la presencia de vetas de ilustración en el entorno cultural de los sujetos involucrados, las cuales evidencien procesos de cuestionamiento o rechazo del sometimiento de menores de catorce años a prácticas sexuales tempranas. Asimismo, sobre la existencia de normas, procedimientos o formas de sanción que se apliquen a las agresiones sexuales en agravio de niñas y adolescentes o que no brinden a estas una tutela jurisdiccional efectiva o que discriminen su acceso a la justicia. El juez competente debe también advertir al perito sobre lo impertinente de todo contenido o conclusión pericial que pronuncie por aspectos de carácter jurídico o de naturaleza procesal o punitiva, o que descalifique a la víctima. Es pertinente, pues, recomendar que las pericias antropológicas se estructuren siguiendo un orden metodológico y expositivo homogéneo. Para ello, por ejemplo, es recomendable la estructura referida por la “Guía Metodológica para la Elaboración de Peritajes Antropológicos en causas Indígenas” elaborada por Guevara Gil y cuyos aportes principales se transcriben a continuación y se incorporan con sentido orientador en este Acuerdo Plenario [Conforme Guevara Gil, Armando – Verona, Aaron – Vergara, Roxana (Editores): El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica, Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento Académico de Derecho, Lima 2015, p. 221 y ss.]. Según dicho documento ilustrativo toda pericia antropológica debe contener, mínimamente, tres partes y que son las siguientes:

1. “La primera parte debe incluir la descripción de la preparación del peritaje, la actuación de los métodos y técnicas de investigación, y el ordenamiento de los datos en función de la consulta hecha y del problema señalado por el juez o fiscal.
2. La segunda parte debería considerar los puntos sobre los que versará el peritaje, ordenados de acuerdo a la lógica de los hechos y fundados en los principios de la investigación antropológica.
3. La última parte deberá incluir la conclusión del peritaje; es decir, la opinión o dictamen del perito sobre la consulta formulada por el magistrado. En este punto también podrá apoyarse en las fuentes secundarias consultadas y en todo el material (escrito o visual) recopilado que le sirve de fundamento para sustentar su dictamen.”

En cuanto a su sistemática formal e interna, las pericias antropológicas, siguiendo la propuesta del citado documento orientador, debe configurarse observando el siguiente esquema:

- a) La procedencia
- b) Los antecedentes
- c) El nombre del procesado
- d) El motivo del análisis
- e) El método de análisis y las técnicas usadas
- f) Los resultados
- g) Las observaciones
- h) Las recomendaciones
- i) Las conclusiones

iii. La necesaria incorporación y valoración de otros medios de prueba idóneos para contrastar, complementar o posibilitar una mejor valoración judicial de las conclusiones de relevancia intercultural aportadas por las pericias antropológicas. Por ejemplo, la autoridad judicial a cargo del caso puede solicitar o aceptar informes (amicus curiae) o testimonios complementarios o supletorios provenientes de las autoridades comunales o ronderiles, que coadyuven a la validación, contraste crítico o reemplazo de las pericias antropológicas requeridas. La pertinencia y conducencia de estos medios debe ser flexible y solo ser sopesados por su utilidad y necesidad para la evaluación o decisión adecuada sobre la legitimidad de invocar o aplicar los efectos regulados por el artículo 15° del Código Penal. Sin embargo, y en todo caso, el órgano jurisdiccional debe abstenerse de resolver sobre la aplicación de dicha norma penal si no cuenta con ningún medio de prueba de naturaleza intercultural idóneo para ello.

iv. La inserción en el razonamiento y argumentación de las decisiones judiciales, de la doctrina internacional y nacional sobre enfoque de género, interés superior del niño y compensación de la vulnerabilidad de las mujeres, niñas y adolescentes en contextos pluriculturales. Los jueces deben insertar en su razonamiento y toma de decisiones jurisdiccionales, sobre todo en aquellos casos sobre la efectividad del artículo 15° del Código Penal, las normas, reglas y principios vinculantes regulados por la legislación internacional y nacional alusiva a la proscripción de toda forma de discriminación y violencia física o sexual contra la mujer y los menores de edad. Asimismo, los jueces ordinarios deben considerar también los efectos jurídicos, culturales y sociales de la prevalencia del interés superior del niño en condiciones de vulnerabilidad.

III. DECISIÓN

17°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

18°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12° al 16°.

19°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

20°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano.

Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SILDARRIAGA

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 2-2015/CIJ-116

Base legal: artículo 116° TUO LOPJ

Asunto: Beneficios Penitenciarios. Aplicación de leyes de ejecución penal en el tiempo.

Lima, dos de octubre de dos mil quince.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116°, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 246-2015-P-PJ, de 10 de junio de 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, acordaron realizar el IX Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116°, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta última etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a las personas en general, a participar e intervenir en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello, se habilitó el Foro de Participación Ciudadana a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación ciudadana a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda –en atención a los aportes realizados–, en las sesiones de fecha de 5 de agosto de 2015 y 12 de agosto último, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han conocido en sus respectivas Salas durante el último año. Fue así como se establecieron los seis temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La segunda etapa, consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el 3 de septiembre. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos. Intervino en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario el señor abogado Davinson Carlos Pino Ticona.

4°. La tercera etapa, del IX Pleno Jurisdiccional, comprendió el proceso de deliberación, votación y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de los Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los seis temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial –en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República– a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del Orden Jurisdiccional que integran.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Intervienen como ponentes los señores San Martín Castro y Rodríguez Tineo.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Marco Preliminar

6°. El Derecho Penitenciario, como sector específico del Derecho de Ejecución Penal, constituye con otras disciplinas jurídico-penales el “Sistema Integral del Derecho Penal”, y, por ello, comparte un conjunto específico de notas características, debidamente normativizadas, con el Derecho penal material y el Derecho procesal penal. En tanto se trata de un derecho autónomo –aunque con ciertos criterios de relativización–, en el ámbito normativo esta disciplina está regulada en nuestro país, fundamentalmente, por el Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo número 654, de 2 de agosto de 1991, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo número 015-2003-JUS, de 11 de septiembre de 2003.

7°. En materia de interpretación, aplicación y vigencia de las normas de ejecución penal en el tiempo, la única regla que incorpora el Código de Ejecución Penal es la prevista en el artículo VIII del Título Preliminar, que estatuye: “La retroactividad y la interpretación de este Código se resuelven en lo más favorable al interno”.

El mencionado Código, a diferencia de los Códigos Penal y Procesal Penal –véase artículos 6°, primer párrafo, del Código Penal y VII, apartado uno, del Título Preliminar del Código Procesal Penal – no establece el factor de aplicación que guía la sucesión temporal de leyes de ejecución penal; esto es, no identifica el hecho, acto, situación o relación jurídica de ejecución penal que lo determina, en armonía siempre con el principio del tempus regit actum, en el entendido que son normas de aplicación inmediata.

8°. Desde luego, presiden el artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal dos preceptos de la Constitución. El primero, el artículo 103° C. que estipula: “[...] La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efecto retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo [...]”. Esta disposición asumió, como se sabe, la teoría de los “hechos cumplidos”, por lo que cada una de las normas jurídicas ha de ser aplicada durante su período de aplicación inmediata, prohibiendo como regla general, la ultraactividad de la norma previa o la retroactividad de la norma subsiguiente, salvo la retroactividad penal benigna. El segundo, el artículo 139° 11 C. que dispone que: son principios y derechos de la función jurisdiccional: 11) “la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”.

9°. Los beneficios penitenciarios, legislativamente, se califican de estímulos, forman parte del tratamiento progresivo y responden a las exigencias de individualización, penitenciaria, de la pena (artículo 165° del Reglamento del Código de Ejecución Penal). Sin embargo, en puridad, debe calificálos, conforme a la evolución de la doctrina como un derecho subjetivo del interno, aunque condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos legalmente impuestos, de suerte que su concesión no procede automáticamente; es un modelo de libertad a prueba directamente fundado en las metas resocializadoras [Fernández García, Julio: La libertad condicional y los beneficios penitenciarios. En: Lecciones de Derecho Penal – Derecho Penitenciario, Tomo VI, Iustel, Madrid, 2010, páginas 228/229].

Pese a la estabilidad normativa que requiere esta institución, en el ámbito de la aplicación de las normas respectivas en el tiempo, las leyes sobre beneficios penitenciarios que sucesivamente se han promulgado trazan un itinerario variado. En efecto, y en lo relevante, las normas más importantes enfrentan el problema de la siguiente manera:

A. La Ley número 27770, de 28 de junio de 2002, en cuanto a los beneficios penitenciarios no fijó un factor de aplicación específico –no dice nada al respecto–. Este parece haber sido el criterio del legislador cuando modifica o introduce nuevas normas penitenciarias, concretamente referidas a los beneficios penitenciarios.

B. Las Leyes números 30054, de 30 de junio de 2013; 30068, de 18 de julio de 2013; 30076, de 19 de agosto de 2013; y, 30077, de 20 de agosto de 2013, tampoco lo hicieron.

C. La Ley número 30101, de 2 de noviembre de 2013, al integrar las cuatro leyes antes citadas, estableció que en esos casos “...los beneficios penitenciarios son de aplicación a los condenados por los delitos que se cometan a partir de su vigencia”.

D. La Ley número 30262, de 6 de noviembre de 2014, que incorporó nuevas normas referentes a los beneficios penitenciarios, tampoco fijó un factor de aplicación específico; es decir volvió al punto de partida inicial.

E. La Ley número 30332, de 6 de junio de 2015, precisó que las modificaciones efectuadas por la ley anterior, “son de aplicación exclusiva a los condenados por los delitos que hayan cometido a partir de su vigencia”. Esto es, repitió en lo esencial la regla fijada por la Ley número 30101.

10°. En ese interregno, hasta antes de la expedición de las leyes número 30101, de 2 de noviembre de 2013, y 30332, de 6 de junio de 2015, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia número 2196-2002-PHC/TC, de 10 de diciembre de 2003, estimó que en el caso de las normas de ejecución penal, sus disposiciones deben considerarse como normas de carácter procedimental y no como una ley penal material; y, para establecer el momento de la aplicación en el tiempo de un acto procedimental penitenciario – como en el caso de beneficios penitenciarios –, debía tenerse en cuenta la fecha en que se inició el procedimiento destinado a obtener el beneficio penitenciario solicitado, esto es, el momento de la presentación de la solicitud para acogerse a este.

Tal doctrina jurisprudencial la reitera en la STC número 2198-2009-PHC/TC, de 31 de agosto de 2009, con antecedentes en la STC número 2965-2005-PHC/TC, de 17 de junio de 2006.

11°. Sin embargo, esta Corte Suprema de Justicia, en el Acuerdo Plenario número 08-2011/CJ-116, de 6 de diciembre de 2011, consideró que la naturaleza, material o procesal, de una ley de ejecución penal está en función del ámbito que regula; de suerte que una ley de ejecución penal puede ser, indistintamente y, según el caso, norma sustantiva o norma procesal. Asimismo, determinó que cuando la ley de ejecución penal incide en los requisitos configuradores de un beneficio penitenciario –no en el trámite o procedimiento del mismo– el factor de aplicación, por su carácter material o sustantivo, será el momento en que se inicia la ejecución material de la sanción penal.

12°. Recuérdese que las consecuencias de una relación jurídica, entendida, en palabras de Rubio Correa, como las diversas vinculaciones que existen entre dos o más situaciones jurídicas –atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas que recibe una persona al adoptar un estatus determinado frente al derecho– interrelacionadas (así, por ejemplo, entre el penado y el Estado), son regidas desde la entrada en vigencia por la nueva ley. Es claro, además, que la situación o relación jurídica en sí misma –la condición de penado del interno, de un lado, y el régimen y el tratamiento penitenciario, que le corresponde constitucional y legalmente, de otro lado– no son alteradas por la norma; sino solo sus consecuencias [Rubio Correa, Marcial: Aplicación de la norma jurídica en el tiempo, Segunda edición aumentada, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2013, p. 34].

Desde esta perspectiva, las relaciones jurídicas penitenciarias se inician desde que el interno es condenado por sentencia firme –se rige por la ley vigente en ese momento–; luego, las consecuencias que de ellas se derivan, como regla básica del Ordenamiento, solo podrían ser alteradas o modificadas por la promulgación de una nueva norma jurídica. Salvo, claro está, en los supuestos de retroactividad benigna; lo que quiere decir, en este último supuesto, que si una norma de ejecución penal, penitenciaria concretamente, es promulgada con posterioridad, en un momento cualquiera, y resulta más beneficiosa para los internos-penados, esa norma se les aplica en lo que les beneficia –regulará situaciones del pasado, siempre que sea más conveniente–.

13°. El problema objeto de pronunciamiento se circunscribe, entonces, a establecer la doctrina legal sobre el factor de aplicación en el tiempo de las normas de ejecución penal en materia de beneficios penitenciarios, a partir de los cambios que el legislador incorporó, específicamente en las Leyes números 30101, de 2 de noviembre de 2013, y 30332, de 6 de junio de 2015.

§ 2. Sucesión de normas de ejecución penal en el tiempo. Factor de aplicación

2.1 Criterio general. Normas penitenciarias

14°. Es pertinente insistir, como criterio general, que el Derecho de Ejecución Penal, en tanto sector del Ordenamiento Jurídico, vinculado siempre al sistema penal, está integrado, a diferencia de los otros dos sectores que lo conforman: penal material y procesal penal, por dos clases de normas: materiales y procesales, ya sea que determinen, como postula De La Oliva, el qué de la decisión –en el primer caso– o el sí y el cómo de ella –en el segundo caso– [Derecho Procesal – Introducción, Segunda Edición, Madrid: Editorial Centro de

Estudios Ramón Areces, 2002, p. 118]. Es indudable que si las normas modifican los presupuestos legales de los beneficios penitenciarios: tiempo de privación efectiva de libertad para su concesión, requisitos básicos para su obtención y las reglas de excepción o de sus regímenes especiales, se estará ante normas materiales de ejecución penal. Los ámbitos aludidos, desde luego, no toman como referencia el proceso ni el conjunto de actos y hechos que lo componen, –que es el elemento o dato que define la eficacia temporal de la norma procesal [Asencio Mellado, José María: Introducción al Derecho Procesal, Cuarta Edición, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2008, p. 27]–.

15°. Es evidente, entonces, según se tiene expuesto, que ante la ausencia de una norma transitoria, que ha sido el caso de las leyes dictadas hasta antes de la dación de las leyes número 30101, de 2 de noviembre de 2013, y 30332, de 6 de junio de 2015-circunscriptas a las leyes que ellas mismas indican–, el *tempus regit actum* para leyes materiales de ejecución penal se entenderá, en cuanto factor temporal de aplicación –elemento o dato asumido como referencia–, el momento en que se inicia la ejecución material de la sanción, vale decir, cuando la sentencia condenatoria adquiere firmeza, salvo el criterio universal de favorabilidad en fase de ejecución material; y, para leyes procesales de ejecución penal, será el vigente al momento de la realización del acto procesal: solicitud del beneficio penitenciario – momento de nacimiento del proceso o, en su caso, incidente, de ejecución penal–.

2.2. Nuevas normas penitenciarias

16°. Ahora bien, las leyes números 30101, de 2 de noviembre de 2013, y 30332, de 6 de junio de 2015, han introducido en el Ordenamiento sendas normas transitorias en materia de beneficios penitenciarios, relacionadas con lo dispuesto en su momento por las leyes números 30054, 30068, 30076, 30077 y 30262. Uniformemente, estipularon la siguiente regla: “las normas precedentes sobre beneficios penitenciarios solo son de aplicación a los condenados por los delitos que se hayan cometido a partir de su vigencia”.

17°. Estas dos leyes, números 30101 y 30332, entonces, precisan que el factor de aplicación en materia de sucesión temporal de las leyes de ejecución penal, específicamente penitenciarias –referidas concretamente a las cinco leyes ya mencionadas: números 30054, 30068, 30076, 30077 y 30262–, será el momento en que se cometió el hecho delictivo. En tal sentido, los Proyectos de Ley números 2645/2013 y 4238/2014, que luego –sin modificaciones– se convirtieron en las leyes aludidas, anotaron en su exposición de motivos lo siguiente: “Las normas que se dicten durante el tratamiento progresivo no pueden surtir efectos de manera inmediata, sino solo para hechos delictivos cometidos con posterioridad a su vigencia. Así por ejemplo, el interno que ha redimido la mitad de su pena y se encuentra listo para acceder al beneficio de liberación condicional, vería perdido todo el tratamiento al cual se había sometido con una aplicación inmediata de las leyes posteriores que restringen beneficios. En consecuencia, lo más racional desde los fines de la pena es propugnar la vigencia de estas leyes solo para hechos cometidos con posterioridad a su vigencia”.

18°. Afirmar legalmente, bajo la expedición de precisas normas transitorias, los cánones en que se definirá el factor de aplicación temporal de una específica ley penitenciaria –de competencia legítima del Congreso–, en nada afecta otra consideración jurídico-constitucional, esta vez referida a la retroactividad o a la ultraactividad benigna de toda ley de ejecución penal. Las normas mencionadas en los párrafos 6° in fine a 8°, necesariamente, de efectuarse otras modificaciones con posterioridad a ellas más favorables al penado, imponen la aplicación de estas últimas normas.

19° Desde este enfoque, y en clave de favorabilidad, aquellos que han solicitado beneficios penitenciarios y se les ha denegado por aplicar criterios distintos a las Leyes número 30101 y 30332, citando a su vez como fundamento la vigencia de las Leyes número 30054, 30068, 30076, 30077 y 30362, en tanto en cuanto coliden con lo dispuesto en el presente Acuerdo Plenario, tienen expedito su derecho para volver a incoar el procedimiento penitenciario correspondiente. Invocar, de parte del órgano jurisdiccional, el principio de preclusión o de cosa juzgada formal no es de recibo, por cuanto el principio constitucional de legalidad en la ejecución de las penas-desarrollado legalmente por el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal– se impone con armonía con la justicia material y seguridad jurídica en cuanto valores superiores del ordenamiento jurídico.

2.3 Problemas en la aplicación temporal de las normas de ejecución penal

20°. Consta, obviamente, una diferencia entre el criterio general asumido: inicio de la ejecución material de la condena: fecha en que la sentencia condenatoria adquiere firmeza, y el criterio específico admitido en las leyes número 30101, de 2 de noviembre de 2013, y 30332, de 6 de junio de 2015: momento de la comisión del delito. Tal divergencia temporal entre la fecha en que se comete el delito y la fecha en que adquiere firmeza una sentencia condenatoria, da lugar a que durante ese lapso de tiempo se dicte una ley sobre la materia –si y solo si tal norma asume el criterio general, y no el de las dos normas ya mencionadas– que puede, según el caso, flexibilizar o endurecer los beneficios penitenciarios.

21°. Los cambios legislativos, como se sabe, son propios de la historicidad del Derecho. La sucesión normativa tendrá relevancia si la nueva norma, que por mandato constitucional siempre debe regir situaciones futuras, afecta las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. En el caso de las normas de ejecución penal, penitenciarias concretamente, serán las relaciones jurídicas entre el penado y el régimen y tratamiento penitenciarios.

Siendo así, como consecuencia de la aplicación inmediata de la nueva norma de ejecución penal, ésta afectará la relación jurídica penitenciaria desde el momento en que entra en vigencia y hacia el futuro –siempre en conexión con las consecuencias de la relación o situación jurídica penitenciaria existente: supuesto en que, en pureza, se presenta un conflicto de normas–, salvo que no resultara más beneficiosa para el penado, en cuyo caso la norma previa que regía esa relación jurídica penitenciaria se aplicará ultraactivamente.

22°. De otro lado, es cierto que, según se asuma una u otra concepción, será posible, por las consecuencias, resultados distintos. Ello, sin embargo, no tiene entidad para vulnerar el principio-derecho fundamental de igualdad ante la ley. Se trata de concepciones político-criminales del legislador, que sin perjuicio de no afectar relaciones jurídicas ya consolidadas o el principio de preclusión –límite para afirmar su legitimidad–, son aceptables en el Estado Constitucional. No se está ante penados que se encuentran en la misma situación –ante hechos, supuestos o acontecimientos que sean similares–, pues el tiempo, las condiciones y las de la promulgación de las normas serán distintos. Cada grupo de penados cometió los delitos e inició la relación jurídica penitenciaria en momentos diversos, y la nueva ley asumió las perspectivas y consideraciones político-criminales pertinentes del momento en que se expidió.

23°. Es pertinente aclarar que la “igualdad ante la ley” es un presupuesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales, cuya exigencia de justicia obliga al Estado a evitar que el penado no sufra una discriminación. Sin embargo, no se trata de un derecho autónomo ni absoluto, en la medida que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Si bien la Constitución promueve el trato igualitario de todas las personas, no descarta la posibilidad de aplicar un tratamiento diferenciado a sujetos y situaciones de facto que se encuentren amparados en una misma hipótesis, siempre y cuando exista una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique.

En el presente caso, si bien a futuro puede configurarse una regulación normativa distinta entre la población penitenciaria –los penados, específicamente– respecto del goce de los beneficios penitenciarios, legislación que, por lo demás, ha evolucionado en el transcurso del tiempo; el establecimiento de esa diferenciación jurídica persigue no solo una finalidad legítima, en orden al régimen y tratamiento penitenciarios –la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139° 22 C.)–, sino también un reordenamiento de los beneficios penitenciarios, que permitan una administración más racional de los mismos.

24°. Finalmente, se debe tener presente que las leyes número 30101, de 2 de noviembre de 2013, y 30332, de 6 de junio de 2015, serían propiamente normas transitorias, de elección o de integración –que, para el caso, comparten la misma naturaleza–. Su objeto común es determinar, entre varias disposiciones, la aplicable a un problema concreto –ese sería el tema, entre otros, de la sucesión de normas en el tiempo–. En consecuencia, como definen un problema específico de sucesión normativa, en sí mismas, no pueden generar una lógica permanente y, menos, discriminatoria en relación con normas futuras o normas futuras.

25°. No obstante ello, la multiplicidad de sucesión de normas penitenciarias en el tiempo y su continua agravación generan problemas muy serios, difíciles de solventar, al Instituto

Nacional Penitenciario. La profusión de normas de ejecución penal, sin disposiciones transitorias comunes ni lógicas institucionales equivalentes, es una causa de conflictos y criterios hermenéuticos y de aplicación diversos, lesivos al valor seguridad jurídica, que además conspiran contra un adecuado, estable y racional tratamiento penitenciario progresivo.

Esta heterogénea política criminal, tan sensible al sistema penal, debe ser evitada a toda costa. Corresponde al Congreso –si lo estima conveniente– ordenar la legislación penitenciaria y, en el caso materia de análisis jurisprudencial, extender la línea normativa decidida en relación a leyes números 30054, 30068, 30076, 30077 y 30262, a todos los casos en los que la relación jurídica penitenciaria aún no se ha extinguido.

III. DECISIÓN

26°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON

27°. Establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12°, 14°, 18°, 19°, 20° y 23° del Presente Acuerdo Plenario.

28°. Precisar que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado Estatuto Orgánico.

29°. Declarar que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

30°. Publicar el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano. Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA IX

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 3-2015/CIJ-116

Fundamento: Artículo 116° TUO LOPJ.

Asunto: La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas.

Lima, dos de octubre de dos mil quince.-

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto

Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 246-2015-P-PJ, de fecha 10 de junio de 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, acordaron realizar el IX Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial-en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda –en atención a los aportes realizados–, en la sesión de fecha de 12 de agosto último, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han conocido en sus respectivas Salas durante el último año. Fue así como se establecieron los temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La segunda etapa, consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el 3 de septiembre. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos.

4°. La tercera etapa del IX Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de deliberación, votación y formulación de los Acuerdos Plenarios con la designación de los jueces supremos ponentes para cada uno de los seis temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial –en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República– a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales de orden jurisdiccional que integran.

5°. Atendiendo a la complejidad y a las características peculiares del tema referido a la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas, se decidió, pues, redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar las bases jurídicas correspondientes para así establecer una posición jurisprudencial sólida que responda las inquietudes arriba señaladas. De igual forma, se decidió decretar su carácter de precedente vinculante, en consonancia con el rol unificador en materia jurisprudencial que corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la República. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Intervienen como ponentes los señores Villa Stein y Pariona Pastrana.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias

6°. Nuestro ordenamiento jurídico-penal vigente prevé el delito de tráfico de influencias. En efecto, el artículo 400° CP respecto de tal ilícito establece lo siguiente:

Artículo 400° CP:

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Este precepto ha originado diversas interpretaciones materializadas en opiniones académicas que califican la participación del tercero interesado en dicho delito ya como un supuesto de complicidad primaria, ya como un supuesto de instigación; no obstante adolecen de una explicación clara respecto de sus fundamentos, y, por ello, aquí se pretende determinar cuál es el título de imputación que corresponde a aquél.

7°. El análisis de este punto debe partir necesariamente del principio de accesorio de la participación, que no es sino una concreción del concepto restrictivo de autor. Según este principio, el partícipe ocupa un lugar accesorio respecto del protagonista del delito, esto es, el autor. La doctrina ampliamente mayoritaria conviene en la necesidad de exigir ciertos elementos del delito cometido por el autor para admitir la punibilidad de la participación, tales como que el hecho principal sea típico y antijurídico (accesoriedad limitada) [Villa Stein, Javier: Derecho penal. Parte general, Ara Editores, Lima, 2014, pp. 390 ss.; Villavicencio Terreros, Felipe: Derecho penal. Parte general, Grijley, Lima, 2006, p. 499].

En ese sentido, ha de quedar claro que el partícipe desarrolla un papel facilitador de la ejecución del delito y no el rol de ejecutor dueño y señor del hecho. El aporte del partícipe en este sentido, ya sea en fase de preparación o de ejecución, supone su involucramiento en el hecho típico y, por tanto, lo hace penalmente competente por el mismo. Es decir, su prestación debe expresar el sentido de facilitar o posibilitar la ejecución del delito, configurando uno o más de sus componentes típicos [Jakobs, Günther: "Intervención delictiva" en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 5, Grijley, Lima, 2004, p. 228 s.; Robles Planas, Ricardo: La participación en el delito: fundamento y límites, Marcial Pons Editores, Madrid/Barcelona, 2003, pp. 215 ss.]. Esta consideración básica resulta de suma importancia para el problema abordado en la medida en que permite delimitar prima facie el ámbito de la intervención delictiva y, en consecuencia, sienta las bases para definir el título de imputación del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias.

8°. El primer párrafo del artículo 25° CP prevé la regla general de la complicidad primaria, en los siguientes términos:

"El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor".

De igual forma, el artículo 24° del mismo cuerpo de normas regula el instituto de la instigación con el siguiente tenor:

"El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor".

A partir de una interpretación literal de ambos preceptos, hay quienes consideran que no existe inconveniente alguno para que el solicitante de las influencias, esto es, el comprador de las mismas, responda penalmente tanto a título de cómplice (primario), como a título de instigador [Salinas Siccha, Ramiro: Delitos contra la administración pública, Lima, 2009, pp. 573 ss.]. Sin embargo, aunque una interpretación ceñida al texto de la ley es lo más acorde con el principio de legalidad, el entendimiento trazado en el párrafo anterior sobre la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias es demasiado estrecho, ya que no valora la real dimensión de los institutos dogmáticos de la complicidad y la instigación. El

¹ Según la última modificación mediante Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre de 2013.

cómplice es quien realiza un aporte material (o psicológico) orientado siempre a auxiliar al autor en la realización del tipo penal. A partir de esta premisa, se tiene que el delito de tráfico de influencias admite casos de complicidad [por ejemplo, "A" tiene un proceso civil en el Despacho del juez "B"; "C" le dice a "A" que tiene gran amistad con "B", y, por tanto, puede influir en este pero a cambio de solucionar su problema deberá entregarle mil nuevos soles; en la conversación interviene "D" que reafirma la amistad entre "B" y "C" y la influencia de este sobre aquel. En el ejemplo citado, se advierte, pues, que "C" es autor y "D" cómplice del delito de tráfico de influencias, pues ayudó en la invocación de las mismas realizadas por "C"]; sin embargo, el "comprador o solicitante de influencias" [en este caso, "A"] nunca podrá ser considerado cómplice según los alcances del artículo 25° CP, como la persona que auxilia o colabora dolosamente con la realización del tipo penal, pues para ello tendría que ayudar al "vendedor de influencias" en la realización del verbo rector, esto es, en la invocación de influencias, cosa que es materialmente imposible bajo cualquier circunstancia.

9°. En este sentido, el tercero interesado en el delito de tráfico de influencias, mejor dicho, quien promete o entrega el donativo, la ventaja o el beneficio al autor, no puede ser considerado cómplice de tal ilícito [así lo entiende también la Ejecutoria Suprema de 24 de febrero de 2014 (RN N° 1692-2013)]. En sentido estricto, el "comprador o solicitante de influencias" no presta ningún tipo de colaboración en la comisión del delito —o, más concretamente, en la acción típica prevista por el tipo penal—, en la medida que él es partícipe necesario de un delito de encuentro, su colaboración "necesaria", o enmarcada dentro del rol típico, resultaría impune desde la perspectiva de la complicidad [Abanto Vázquez, Manuel: Los Delitos contra la administración pública en el Código penal peruano, Lima, 2001, p. 472]. Aun cuando la intervención del tercero interesado en la fenomenología delictiva es indispensable para el hecho globalmente entendido como el comercio ilícito de influencias, resulta claro que su intervención no es propiamente de contribuir a la configuración de los elementos típicos centrales del delito de tráfico de influencias, tales como recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias.

10°. Es por esta razón que la instigación, entendida como una forma de intervención delictiva consistente en hacer surgir en otro la resolución criminal, o en determinar a otro a la comisión de un delito (término empleado por el artículo 24° CP), se erige en la condición sin la cual el evento delictivo no habría tenido lugar. En otros términos, el instigador es quien, mediante su influjo psíquico, determina a otro a cometer un delito, de manera que de no existir tal influencia el ilícito no se cometería. En esa línea de argumentación debe precisarse que a la conducta del instigador debe ser posible imputarle objetivamente la determinación dolosa del instigado a cometer el delito. Por lo tanto, no basta cualquier tipo de acto persuasivo, sino que el comportamiento del instigador debe ser objetivamente idóneo para provocar en el instigado la decisión inequívoca de cometer el delito. De este modo, este acto comunicativo del instigador hacia al instigado, no está referido a todas las acciones posibles que puede realizar este último para la comisión del delito, sino a aquellas acciones que necesariamente debe realizar para materializar dicho propósito delictivo [Jakobs, Günther: Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación (traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, § 22, núm. marg. 22].

En esta medida, considerando siempre que la participación es una forma de intervención accesoria que, por ende, únicamente es posible cuando concurre un hecho cometido por un autor, la actuación del tercero interesado se erige claramente en una instigación. La conducta típica del autor (es decir, el vendedor de las influencias) responde única y sustancialmente al influjo psicológico del tercero interesado, quien lo determina dolosamente a llevar a cabo el hecho principal consistente en ofertar las influencias con el fin de favorecer a este último.

Por lo tanto, siendo el acto de determinación del tercero interesado el que activa el comercio ilícito de influencias o el que, en cualquier caso, permite o refuerza su efectiva continuación, no expresa socialmente un sentido de facilitación de la conducta típica (no contribuye a la invocación de influencias ni al acto de solicitar o recibir una ventaja indebida), sino el sentido de una determinación e impulso psíquico de cometer el delito. De este modo, el impulso psicológico del tercero interesado no constituye cualquier tipo de aporte para posibilitar el delito, sino que está orientado exclusivamente a la compra de las influencias del autor del delito, resultando así

claramente determinante para su concreción. Por lo demás, por imperio del principio de accesoriedad, la punibilidad de la instigación está supeditada a la realización efectiva del injusto típico del delito de tráfico de influencias por parte del instigado o autor, esto es, del vendedor de las influencias.

En consecuencia, el "comprador solicitante de influencias", o "el interesado" en el delito de tráfico de influencias, será instigador cuando no encontrándose el instigado propenso o proclive a actos de corrupción, le haya convencido a éste a cometer el delito. En este caso, como el "comprador solicitante de influencias" habrá hecho nacer del todo la resolución criminal en el autor, no habrá entonces duda alguna sobre su rol de instigador. Ahora bien, en el supuesto de que el autor esté ya decidido a vender las influencias al "comprador o solicitante de influencias", pudiendo parecer mínima la aportación de este último, inclusive en este caso él es instigador pues habrá reforzado la resolución criminal del autor.

11°. En síntesis, el "comprador solicitante de influencias", es decir, "el interesado" en el delito de tráfico de influencias, solo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el "vendedor de influencias" mediante un influjo psíquico. Naturalmente, en el caso concreto deberá probarse que efectivamente el interesado hizo surgir la resolución criminal del traficante de influencias o reforzó la resolución criminal preconcebida. Por tanto, si la solicitud de influencias del interesado no generó ni fortaleció la resolución criminal del autor, la conducta de aquel deviene en impune, en la medida que el tipo penal no abarca a otra forma de participación para dicho interviniente.

§ 2. Legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas

12°. La legitimidad de la intervención penal en el caso del tráfico de influencias simuladas atraviesa una encendida discusión doctrinaria. Así, hay quienes consideran que tal supuesto no significa una extralimitación del legislador penal en su rol de titular del establecimiento del concreto modelo de política criminal [Salinas Siccha, Ramiro: Delitos contra la administración pública, Lima 2009, pp. 556 ss.]; otros, por su parte, estiman que la criminalización de los supuestos de influencias simuladas constituye un exceso del legislador penal de su libertad de configuración normativa [Rodríguez Delgado, Julio: "El final de la historia: el interesado en el tráfico de influencias es impune!", en *lus et Veritas* (33), 2006, p. 262]. Siendo este el contexto, compete a la máxima autoridad jurisdiccional establecer pautas que permitan determinar si quien invoca influencias irreales supera el nivel de riesgo jurídico-penalmente permitido y, con ello, trasgrede bien jurídico alguno.

13°. Un delito para ser tal debe satisfacer el presupuesto de legitimación penal, esto es, la conducta practicada debe ser jurídico penalmente relevante en el sentido exigido por el principio de lesividad, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código penal, cuya literalidad señala: "La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley". En estricto, el sentido de relevancia penal de la conducta se concreta en el tipo penal como una conducta que en el caso concreto comunica el significado de haber superado el riesgo permitido, o de haber rebasado los límites de la libertad general de acción [Caro John, José Antonio: Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho penal funcionalista, Ara Editores, Lima 2010, pp. 29 ss.]. Obviamente, esta materialización de la superación del riesgo permitido se da mediante la puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado en el correspondiente tipo penal.

14°. Dados estos presupuestos, se tiene que el bien jurídico protegido en las influencias reales es el correcto funcionamiento de la administración pública en tanto el sujeto activo logra determinar la voluntad del funcionario o servidor público. El funcionario se corrompe por la influencia que sobre él ejerce el sujeto activo. Pero en el caso de las influencias simuladas el bien jurídico protegido es el prestigio y buen nombre de la administración pública [Mir Puig, Carlos: Delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal, en Rojas Vargas, Fidel: Delitos contra la administración pública, 4ª ed., Lima 2007, p. 783], que se ve dañada por el sujeto activo que lucra a costa de ella. Desde esta perspectiva, nos encontramos ante un delito que lesiona efectivamente el bien jurídico protegido por cuanto el sujeto activo logra hacer dar o prometer una ventaja económica al afirmar que tiene influencia en la administración pública. Con ello se cumple con el principio de lesividad en tanto la intervención punitiva sólo se legitima ante la lesión de un bien

jurídico fundamental, como es el prestigio y buen nombre de la administración pública, la misma que bien puede ser, a modo de ejemplo, el Poder Judicial y sus jueces.

15° En un Estado donde no se criminaliza la conducta de alguien que afirma que sus poderes son corruptos, es un Estado inviable. De hecho, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que "en modo alguno [...] necesariamente la persecución penal de los actos de tráfico de influencias cuando éstas sean simuladas resulte inconstitucional" [Exp.00017-2011-PI/TC, de 03 de mayo de 2012, F.J. 36]. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción señala en su artículo 18° que "Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona; b) la solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido".

Con esto se evidencia que con la criminalización del tráfico de influencias, no solo se está protegiendo bienes jurídicos fundamentales para la sociedad en un Estado de Derecho, sino que se está dando cumplimiento a la Convención contra la Corrupción suscrita por el Perú. Asimismo, en la medida que el Tribunal Constitucional no encuentra disconformidad con la persecución penal del tráfico de influencias simulado, se entiende que su punición es deseable en tanto optimiza la lucha contra la corrupción.

16° No existe entonces ningún inconveniente para defender el carácter punible, esto es, la relevancia jurídico-penal de la modalidad de tráfico de influencias simuladas del artículo 400° del Código Penal. El invocar influencias simuladas es acorde con el principio de lesividad; su castigo a nivel penal no es una medida legislativa desproporcionada, en la medida que desde una perspectiva ex ante en el caso concreto la conducta de invocar sea objetivamente idónea, tanto para poner en riesgo el bien jurídico protegido, como para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública, que, en buena cuenta, garantizan la credibilidad de la administración pública. Además, en la medida que el injusto de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, como el de las influencias simuladas, consiste en la vulneración de determinados presupuestos que sirven a la seguridad de otros bienes jurídicos, aquellos son, por tanto, delitos de lesión desde la perspectiva del bien jurídico colectivo, y, consecuentemente, coherentes con el principio de lesividad [Doval País, Antonio: "Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios", en Cuadernos de Derecho Judicial (36), 1994, p. 46; Sánchez García De Paz, María Isabel: El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal, Valladolid, 1999, pp. 67 ss. y Martínez-Buján Pérez, Carlos: Derecho penal económico y de la empresa. Parte general, 3ª ed., Valencia 2011, p. 197].

17° En consecuencia, en el delito de tráfico de influencias simuladas la acción se reprime por su idoneidad para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública. Esta capacidad lesiva de la acción típica manifiesta, por tanto, una relación efectiva con el bien jurídico protegido, y, con ello, una conformidad con el principio de lesividad.

III. DECISIÓN

18° En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación unánime respecto del primer problema (la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias), y también con una votación unánime en lo concerniente al segundo problema (la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas), y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

19° ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7° al 11° y del 13° al 17°.

20° PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción, que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del Estatuto orgánico.

21° PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano.

Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

PRADO SILDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA IX

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 4-2015/CIJ-116

Fundamento: Artículo 116° TUO LOPJ.

Asunto: Valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual.

Lima, dos de octubre de dos mil quince.-

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1° Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 246-2015-P-PJ, de fecha 10 de junio de 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, acordaron realizar el IX Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial-en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2° El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda –en atención a los aportes realizados–, en las sesiones de fecha de 12 de agosto último, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han conocido en sus respectivas Salas durante el último año. Fue así cómo se establecieron los temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La segunda etapa, consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el 3 de septiembre. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos. Intervino en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario el señor abogado Renzo Riega Cayetano.

4°. La tercera etapa, del IX Pleno Jurisdiccional, comprendió el proceso de deliberación, votación y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de los jueces supremos ponentes para cada uno de los seis temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial –en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República– a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del orden jurisdiccional que integran.

5°. Atendiendo a la complejidad y a las características peculiares del tema referido a la valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual, se decidió, pues, redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar las bases jurídicas correspondientes para así establecer una posición jurisprudencial sólida que responda a las inquietudes arriba señaladas. De igual forma, se decidió decretar su carácter de precedente vinculante, en consonancia con el rol unificador en materia jurisprudencial que corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la República. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Intervienen como ponentes los señores San Martín Castro, Neyra Flores y Lolí Bonilla.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. La prueba pericial

6°. En el proceso penal, frente a problemas acerca de la determinación de la causa de la muerte, el tipo de sangre, el daño psicológico, etc., no es suficiente el conocimiento privado del juez, sino que se requiere que un profesional calificado explique la materia desconocida [Jauchen, Eduardo M: Tratado de la prueba en materia penal, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 375]; el perito, mediante sus conocimientos profesionales, ayuda al órgano jurisdiccional en la estimación de una cuestión probatoria [Roxin, Claus: Derecho procesal penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 238]. Por ello, a la prueba pericial se la ha conceptualizado como el medio probatorio por el cual se intenta obtener para el proceso un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba [Caferatta Nores, José: La prueba en el proceso penal, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1998, p. 53] –ello significa que la pericia es una prueba indirecta pues proporciona conocimientos científicos, técnicos o artísticos para valorar los hechos controvertidos, pero no un conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos [conforme: STS de 31 de julio de 1998]. Por el propio carácter de la pericia, el órgano jurisdiccional no puede adoptar en la sentencia las conclusiones de la pericia –y de las explicaciones del perito en el acto oral– sin haberlas controlado y, en caso de apartamiento, debe fundar su opinión de forma verificable con la exposición de las diferencias respectivas, sin desligarse de los estándares científicos [Roxin, Claus: Derecho procesal penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 239].

7°. La prueba pericial tiene un aspecto documental referido a la redacción de los métodos usados para llegar a la conclusión que se presenta respecto del objeto peritado –que está precedido de la actividad perceptiva y analítica del perito–. Además, necesita de un órgano de prueba, el

cual es necesario que comparezca al juicio y explique el significado de su pericia –que es lo que define su carácter de prueba personal, en cuanto declaración de conocimiento del perito–. Los casos en el proceso de conocimiento técnico-científico que se sitúan fuera de la cultura media que el juez normalmente posee no son nuevos, de allí que el problema de la prueba pericial se presenta en términos bastante diferentes y complejos.

8°. Más allá de la importancia de este acto procesal, es necesario que la Corte Suprema establezca reglas generales sobre la valoración de la prueba pericial, sin poner el acento exclusivamente en ciertos aspectos, tales como quién designa al que labora el dictamen pericial (oficial o de parte). Es evidente que las reglas de la sana crítica, los conocimientos científicos o técnicos se aplican, en la valoración del dictamen emitido por el perito oficial designado por el Ministerio Público, o por el juez, según el caso, o, por las partes procesales, sin que necesariamente deba prevalecer el primero, aunque goce, en su origen, de mayor objetividad sobre el de parte, en la medida que es escogido por quien puede controlar el resultado. Lo decisivo es la objetividad del resultado que se deduce de los diversos criterios o máximas de experiencia y la mayor o menor fundamentación del perito [Abel Lluch, Xavier: Valoración de los medios de prueba en el proceso civil. Disponible en: <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/valoracion-de-los-medios.pdf>].

Asimismo, como afirma Andrés Ibáñez, también el trabajo de profesionales, incluso cuando no hubiera motivo para dudar de su imparcialidad subjetiva (caso de los peritos de oficio), está expuesto al riesgo de la parcialidad objetiva [Andrés Ibáñez, Perfecto / Taruffo, Michele: Consideraciones sobre la prueba judicial, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009, p. 89].

Lo expuesto no hace sino destacar las dos notas características del perito: (i) imparcialidad –el perito oficial puede ser recusado en caso de parcialidad, a lo que es ajeno el perito de parte– y (ii) la fiabilidad –calidad común a ambos peritos que depende de la apreciación de su dictamen y de las ulteriores explicaciones en el acto oral, y que se basa a su vez en razones de formación y cualificación profesional [conforme: STSE de 5 de marzo de 2010].

§ 2. Etapas de la actividad probatoria pericial

9°. La investigación preparatoria es una etapa procesal previa al enjuiciamiento, encaminada a determinar y descubrir las circunstancias que rodean el hecho delictivo y a su posible autor, donde se practican variados actos de investigación y se adoptan medidas de distinta naturaleza. La pericia, por el tiempo que requiere su elaboración, se practica regularmente en dicha etapa procesal –sus pasos referidos al análisis del objeto peritado y aplicación de la metodología científica o técnica correspondiente, así como a la elaboración del informe o dictamen pericial–. En este procedimiento, el Ministerio Público recolecta los elementos de convicción –materiales de instrucción– que fundamentarán una futura acusación o la propia defensa, y por el plazo con que se cuenta de ciento veinte días más sesenta en el proceso común y de ocho meses, prorrogables a ocho meses más en casos complejos. Excepcionalmente, la pericia puede realizarse después, incluso durante el desarrollo del juicio oral –siempre que lo permita el principio procedimental de concentración– cuando la entidad o característica del delito la justifique, cuando la información para elaborarla recién se haya obtenido, o cuando por su complejidad no se haya podido terminar durante la investigación.

10°. Para la actividad pericial, como establece el artículo 173° del NCPP, el juez o fiscal competente según la etapa del proceso, nombrará un perito –salvo el caso de las instituciones dedicadas, por su objeto, a la labor pericial–. Escogerá especialistas donde los hubiere y, entre estos, a quienes se hallen sirviendo al Estado. Este prestará juramento o promesa de honor de desempeñar el cargo con verdad y diligencia, oportunidad en que expresará si le asiste algún impedimento.

La disposición o resolución de nombramiento precisará el punto o problema sobre el que incidirá la pericia y fijará el plazo para la entrega del informe pericial, escuchando para su determinación al perito y a las partes. El artículo 176° del NCPP establece que el perito tiene acceso al expediente y demás pruebas materiales que estén a disposición judicial a fin de recabar las informaciones que estimen convenientes para el cumplimiento de su cometido.

11°. El artículo 178° del NCPP determina el contenido del informe pericial oficial: a) El nombre, apellido, domicilio y

Documento Nacional de Identidad del perito, así como el número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria. b) La descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que se hizo el peritaje. c) La exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo. d) La motivación o fundamentación del examen técnico. e) La indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen. f) Las conclusiones. g) La fecha, sello y firma.

La actividad pericial es una unidad y consta de tres momentos: a) La información en cualquier soporte para elaborarla —es la percepción o reconocimiento del objeto peritado: actividad perceptiva—. b) El informe escrito —que está precedido de las opiniones técnicas o el análisis y la deliberación y conclusiones. Aspecto técnico—. Y c) La sustentación oral. Es necesario para el examen pericial contar con los dos primeros elementos indicados o inclusive, de mediar una imposibilidad material de que el perito asista al juzgamiento y se justifique por quién lo ofreció, que se oralice el informe escrito, el cual debe ser examinado y valorado conjuntamente con el primer elemento citado.

Como se sabe, en el caso de pericias institucionales, en atención a las garantías técnicas y de imparcialidad que ofrecen los gabinetes, laboratorios y servicios técnicos de las entidades públicas especializadas, se propicia la validez prima facie de sus dictámenes e informes, sin necesidad de su ratificación en el juicio oral, siempre que no haya sido objeto de impugnación expresa, en cuyo caso han de ser sometidos a contradicción en dicho acto como requisito de eficacia probatoria, siempre, claro está, que ésta no sea meramente retórica o abusiva [conforme: STSE de 29 de enero de 2004 y de 2 de noviembre de 2006].

12°. Una vez efectuada la pericia, de acuerdo a las pautas que establece la Ley Procesal Penal, el fiscal podrá ofrecerla como medio probatorio que acredite su acusación o la defensa como descargo, o incluso ofrecer una pericia de parte. El análisis que se hace para la admisión de los medios de prueba en la audiencia de control de acusación, de conformidad con el artículo 352° del NCPP, solo versa sobre su pertinencia, conducencia y utilidad, es decir, sólo se analiza si tiene relación con los hechos del objeto del debate, si la pericia específica solicitada no viola el ordenamiento, y si es compatible con el fin propuesto, así como si no es sobreabundante.

Ese es el marco de decisión porque esta etapa tiene por función analizar la viabilidad del juicio oral y no la valoración de la prueba que se hace en el juicio oral.

13°. El juicio es la etapa principal del proceso porque es allí donde se “resuelve” o “redefine” de un modo definitivo el conflicto [Binder, Alberto: Introducción al Derecho procesal penal, Ad-hoc, Buenos Aires, 1993, p. 233]. Al ser el escenario clave o central del proceso penal, es donde las partes aportan todos los datos para valorar la prueba que presentan y el juez obtenga un resultado probatorio con el que realizará la reconstrucción de los hechos relevantes.

14°. Es en esta etapa que el informe pericial es oralizado, el perito es examinado y ambos debatidos contradictoriamente. El apartado 5) del artículo 378° del NCPP estatuye que “el examen de los peritos se inicia con la exposición breve del contenido y conclusiones del dictamen pericial (...)”. Por otra parte, el apartado 1) del artículo 181° del NCPP dispone que “el examen o interrogatorio del perito en la audiencia se orientará a obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión”.

§ 3. Criterios para la valoración de la prueba pericial

15°. La valoración de la prueba cuenta con dos fases en las que el juez debe tener en cuenta criterios distintos: (i) La primera fase de la valoración es meramente un control de legalidad sobre la existencia o no de actividad probatoria lícita (juicio de valorabilidad), y en caso de su existencia, si ésta tiene un sentido incriminatorio. (ii) La segunda fase es ya de la valoración en sentido estricto, cuyo objeto es determinar tanto si existen elementos de prueba de cargo o incriminatorio y, luego, si tal prueba existente es suficiente o no para condenar.

16°. El sistema de valoración de prueba que ha acogido nuestra legislación procesal es el de la sana crítica. Un sistema de sana crítica o valoración racional de la prueba

no limita la posibilidad de establecer criterios determinados para la valoración, por el contrario, estos servirían de pautas para el juez que, apoyado en un conocimiento sobre la ciencia o la técnica, resolverá sobre la base de un sistema de valoración regido por verdaderos criterios de conocimiento que garanticen a la vez un adecuado juzgamiento.

17°. Las opiniones periciales no obligan al juez y pueden ser valoradas de acuerdo a la sana crítica; sin embargo, el juez no puede “descalificar” el dictamen pericial desde el punto de vista científico, técnico, artístico ni modificar las conclusiones del mismo fundándose en sus conocimientos personales.

En consecuencia, el juez deberá fundamentar coherentemente tanto la aceptación como el rechazo del dictamen, observando para ello las reglas que gobiernan el pensamiento humano; lo que generará, asimismo, la posibilidad de un control adecuado de sus decisiones.

El juez, en suma, no está vinculado a lo que declaren los peritos; él puede formar su convicción libremente. Ahora bien, es indudable la fuerza de convicción que tienen los informes periciales, especialmente los de carácter estrictamente científico técnico. Más discutible pueden resultar los de otra naturaleza (pericias médicas, o psicológicas, o contables), pero, en cualquier caso, siempre suelen ser la prueba de cargo, es decir, la fundamental para enervar la presunción de inocencia [Banaclache Palao, Julio: Aspectos fundamentales del Derecho procesal penal, La Ley, Madrid, 2010, p. 268].

Las pericias no son en sí mismas la manifestación de una verdad incontrovertible [STSE 997/1997, de 8 de julio]. No se puede conferir a priori valor superior a un medio de prueba sobre otro, por lo que si respecto a un tema concreto se hubieren llevado a cabo distintas pruebas, además de la pericial, con resultado diferente, claro es que entonces se reconoce al órgano jurisdiccional la facultad de realizar la conjunta valoración de la prueba, que permite estimar eventualmente que la verdad del hecho no es la que aparece expuesta por la prueba pericial sino la que ofrecen otros medios probatorios. Igual pauta metodológica tendrá lugar cuando el juez razonablemente discrepe de todo o de parte del contenido pericial [STSE 1/1997, de 28 de octubre].

Sin embargo, es igualmente plausible que si el juez se aparta de la pericia sin razones que lo expliquen y justifiquen, se estará ante un razonamiento contrario a las reglas de la racionalidad.

18°. Los criterios que se exponen están orientados a la fijación de evaluación de la validez y fiabilidad de la prueba pericial. De ellos se deriva la diferenciación entre lo que puede considerarse ciencia de la que no es. Al respecto, la doctrina [Miranda Estrampes, Manuel: “Pruebas científicas y estándares de calidad”, en La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004, Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 142 y 143] —sobre la base de la experiencia judicial norteamericana— ha propuesto los criterios siguientes:

A) La controlabilidad y falsabilidad de la teoría científica, o de la técnica en que se fundamenta la prueba, lo que implica que la teoría haya sido probada de forma empírica, no solo dentro de un laboratorio.

B) El porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la prueba empleada.

C) La publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión, lo que permite su control y revisión por otros expertos.

D) La existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada.

Este criterio de la aceptación general “general acceptance” deja de ser el único elemento de decisión (como se había establecido en el caso Frye). La decisión sobre la admisión de esta prueba ya no corresponde únicamente a la comunidad científica sino al juez, quien deberá controlar la confiabilidad de la prueba científica, con arreglo a dichos criterios, y exponer los motivos de su inadmisión. El enfoque de un tribunal no debe ser sobre las conclusiones alcanzadas por el perito, sino sobre la metodología empleada para llegar a estas conclusiones. Y en caso que la conclusión no se desprenda de los datos que señala en su dictamen, el Tribunal tiene la libertad de determinar que existe un análisis inaceptable entre premisas y conclusión [Sanders, Joseph: “La paradoja de la relación metodológica y conclusión y la estructura de la decisión judicial en los Estados Unidos”, en Derecho

Probatorio contemporáneo: Pruebas científicas y técnicas forenses, Universidad de Medellín, Medellín, 2012. p. 110].

19°. A efectos de la valoración de las pericias, estas son clasificadas en formales y fácticas. Forman parte de las primeras, saberes como la química, biología e ingeniería, cuya calificación es indiscutible. Así, por ejemplo, la prueba de ADN se basa en conocimientos científicos biológicos, o las pericias toxicológicas, físicas, médicas (que se guían por el Manual de Protocolos de Procedimientos Médicos Legales Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de 1998, Protocolos de Procedimiento Médicos Legales 1997, Guía Médico Legal Evaluación Física de la Integridad sexual y Manual de Procedimientos Administrativos de la División Central de Exámenes Médicos Legales del Perú de 1995), y químicas.

20°. Por otro lado, integran las ciencias fácticas, las ciencias sociales: psicología, historia, etc. Sus principales pericias son: la pericia psicológica, psiquiátrica (que cuando son oficiales se orientan por la Guía Psicológica Forense para la Evaluación de casos en Violencia Familiar 2013, Guía Médico Legal Evaluación Física de la Integridad sexual, Guía de Procedimientos para Entrevista Única de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Abuso Sexual, Explotación Sexual y Trata con fines de Explotación Sexual en Cámara Gesell de 2011, Guía de Procedimientos para la Evaluación Psicológica de Presuntas víctimas de Abuso y Violencia Sexual atendidas en Consultorio del año 2013 y Guía de Valoración del Daño Psíquico en Víctimas Adultas de Violencia Familiar, Sexual Tortura y otras formas de Violencia Intencional del año 2011), económica, antropológica.

21°. No toda pericia que se utilizará en el proceso tendrá como base conocimientos científicos, pues como enfatiza el artículo 172° del CPP, también procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada. Muestra de ello es la pericia valorativa, balística, contable, grafotécnica, dactiloscópica, informes especiales de controlaría (que se guía por el lineamiento de Contraloría General de la República N° 03-2012-CG/GCAL).

22°. Sobre la base de estas consideraciones, se establecen los siguientes criterios de valoración de la prueba pericial:

A) La pericia como prueba compleja debe evaluarse en el acto oral a través, primero de la acreditación del profesional que suscribió el informe documentado: grado académico, especialización, objetividad y profesionalidad. No se debe poner el acento en que el perito es oficial o de parte.

B) El informe debe haberse elaborado de acuerdo a las reglas de la lógica y conocimientos científicos o técnicos. Especialmente, si se analiza el objeto del dictamen, la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los expuestos del dictamen pericial, y la correspondencia entre los hechos probados y los extremos del dictamen, la existencia de contradicciones entre el informe y lo vertido por el perito en el acto oral.

Asimismo, que se explique el método observado, que se aporten con el dictamen pericial, los documentos, instrumentos o materiales utilizados para elaborarlos y la explicación cómo se utilizó.

C) Evalúense las condiciones en que se elaboró la pericia, la proximidad en el tiempo y el carácter detallado en el informe, si son varios peritos la unanimidad de conclusiones. Para una mejor estimación será preferible que se grabe la realización de la pericia, se documente y se detalle cómo se llevó a cabo.

D) Si la prueba es científica, desde un primer nivel de análisis, debe evaluarse si esta prueba pericial se hizo de conformidad con los estándares fijados por la comunidad científica. El juez al momento de evaluar al perito debe examinar sobre la relevancia y aceptación de la comunidad científica de la teoría utilizada, y cómo es que su uso apoya la conclusión a la que arribó. De ser notoria la relevancia y aceptación de la teoría, esto no será necesario. Asimismo, el juez debe apreciar el posible grado de error de las conclusiones a las que ha llegado el perito.

23°. Estos criterios son necesarios, pues no es suficiente confiar solo en la libre valoración del órgano judicial para garantizar que el conocimiento específico se utilice válidamente y se interprete correctamente como base para decidir sobre los hechos objeto del proceso. Lo que se requiere para que las pruebas periciales válidas ofrezcan fundamentos racionales a la decisión sobre los hechos, es un análisis judicial profundo y claro de las mismas acorde con estándares fiables de evaluación [Taruffo, Michele: La prueba, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 100].

Empero, es de anotar, para no llevar a equívocos, que el juez, respecto de la prueba pericial, debe realizar un examen complejo, que comprende tres aspectos: 1) Subjetivo, referidos a la persona del perito (personalidad, relaciones con las partes, escuela científica a la que pertenece, nivel de percepción, capacidad de raciocinio y verdadero nivel de conocimientos, entre otros). 2) Fáctico o perceptual -de existir circunscrito al examen del objeto peritado, a su modo de acercamiento a él, a las técnicas utilizadas, etc. 3) Objetivo, concretado al método científico empleado, al grado que alcanzó la ciencia, arte o técnica utilizada, a la existencia de ligazón lógica entre los diversos elementos integrantes del informe pericial, a la entidad de las conclusiones: indecisas o categóricas, a la calidad de las fundamentaciones o motivaciones expuestas en el dictamen [Climent Duran, Carlos: La prueba penal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2da.edición, 2005, p. 847].

§ 4. El examen médico legal en delitos sexuales

24°. La medicina legal es la especialidad médica que brinda los conocimientos de salud al sistema de administración de justicia nacional. Es considerada una ciencia ya que utiliza un método para generar un conocimiento de tal naturaleza y comprobable, el cual es frecuentemente solicitado por las autoridades competentes [Pacheco De La Cruz, José Luis/ Pacora Portella, Percy/De La Cruz Chamilo, Nancy/ Díaz Cubas, Noelia: Violencia y abuso sexual contra la mujer. Evaluación médico legal y clínico terapéutica de la mujer agredida física y/o sexualmente. Disponible en línea: www.fihu-diagnostico.org.pe/revista/números/2012/oct-dic/189-197.html].

25°. En una víctima de violación sexual, se debe establecer si ha sido objeto o pasible de desfloración vaginal, acto contranatura y de otras lesiones físicas al cuerpo. El profesional examinador, además de apreciar estas zonas físicas, deberá obtener todo vestigio material que se relacione con este delito, tal como vellos púbicos, manchas de semen y muestras de contenido vaginal y/o anal, entre otros. Siendo el pene, los dedos u otros objetos duros de superficie roma, agentes clasificados como contundentes, se observarán lesiones denominadas contusas. Así, pues, las lesiones del himen relacionadas a un abuso sexual serán identificadas y evidenciadas como desgarros o laceraciones, equimosis y tumefacciones del borde himeneal.

26°. Respecto al examen proctológico, la exploración médica implica la inspección del área perianal. Se inicia en el esfínter anal, observando sus características, que pueden ser alteradas por la violación anal en el siguiente sentido: borramiento de pliegues del esfínter por edema traumático, desgarros, fisuras, despulimiento de las mucosas [Grandini Gonzales, Javier: Medicina forense, Mc. Graw Hill, México D.F., 2010, p. 101].

27°. La Guía Médico Legal-Evaluación Física de la Integridad Sexual del Ministerio Público señala los requisitos mínimos para realizar la evaluación física integral en casos de violencia sexual, a saber: a) El examen debe ser realizado por dos peritos como mínimo, en ausencia de otro y/o en caso de urgencia podrá ser realizado solo por un perito. b) Para su realización deberá ser asistido por un personal auxiliar capacitado, y de preferencia femenino. c) Se podrá contar además con la presencia de cualquiera de las siguientes personas según voluntad expresa del evaluado: i) familiar, ii) personal femenino de la PNP, iii) personal femenino acompañante (custodio, tutores, asistentes sociales), d) si se realiza por un solo perito debe realizar la perennización del examen, previo consentimiento del evaluado, o, en su caso, de su familiar si es menor de edad, y según la logística disponible (cámara fotográfica o video cámara), e) debe contarse con un ambiente o consultorio adecuado, con buena iluminación, mobiliario e instrumental.

§ 5. La pericia psicológica forense y la credibilidad del testimonio

28°. Una de las pruebas que se puede utilizar al acontecer delitos contra la libertad sexual es la pericia psicológica sobre la credibilidad del testimonio. Esta se encuentra orientada a establecer el grado en que cierto relato específico respecto de los hechos investigados cumple, en mayor o menor grado, con criterios preestablecidos que serían característicos de relatos que dan cuenta de forma fidedigna respecto de cómo sucedieron los hechos [UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS, FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO: Evaluación pericial psicológica de credibilidad de testimonios, Santiago de Chile, 2008, p. 37].

29°. En ese sentido, la valoración de este medio de prueba pericial, debe ser realizada de forma rigurosa, de ahí que el juez al evaluar al perito debe preguntar y verificar lo siguiente [De Gregorio Bustamente, Alvaro: Abuso sexual infantil. Denuncias falsas y erróneas. Omar Favale ediciones jurídicas, Buenos Aires, 2004, p. 208]:

- A) El evaluado tiene capacidad para testimoniar.
- B) Puede aportar un testimonio exacto, preciso y detallado sobre los hechos cuya comisión se estudia.
- C) Puede ser sugestionado, inducido y llevado a brindar relatos y testimonios inexactos o por hechos falsos.
- D) Puede mentir sobre los hechos de violación sexual.
- E) Tiene capacidad y discernimiento para comprender lo que se le pregunta.

30°. Para realizar un análisis de credibilidad, resulta necesario efectuar evaluaciones a los sujetos que vierten el relato, atendiendo a dos niveles:

- A) Cognitivos de la persona, que redundan en su habilidad para relatar los hechos con precisión y exactitud. Considera de manera particular los factores generales que influyen en la adquisición, retención, recuperación y comunicación verbal de la información (exactitud).
- B) Al componente motivacional que se refiere a la voluntad para explicar los hechos de modo apegado o no a la realidad.

31°. Sin embargo, es pertinente precisar: **Primero**, que la valoración de esa modalidad de pericia psicológica presupone una declaración prestada en forma legal, y con todas las garantías procesales y constitucionales. **Segundo**, que el análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre su comportamiento en el caso concreto, por lo que el informe psicológico solo puede servir de apoyo periférico o mera corroboración –no tiene un carácter definitivo–, pero no sustituir la convicción sobre la credibilidad del testigo. **Tercero**, que el juicio del psicólogo solo puede ayudar al juez a conformar su criterio sobre la credibilidad del testigo; y, su informe, al contrastar las declaraciones de la víctima –menor de edad, sustancialmente– con los datos empíricos elaborados por la psicología, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. **Cuarto**, que el informe pericial no puede decir, ni se les pide que lo hagan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad, la cual es tarea del órgano jurisdiccional que entre otros elementos contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación [conforme: STS de 29 de octubre de 1996, de 16 de mayo de 2003, y de 488/2009, de 23 de junio].

§ 6. La pericia psicológica forense en los delitos sexuales

32°. El delito de violación sexual genera un daño psicológico en la víctima que implica a su vez lesiones psíquicas agudas producidas por un delito violento –que en algunos casos puede requerir con el paso del tiempo de un apoyo social o un tratamiento psicológico adecuado– y por otro, a las secuelas emocionales que persisten en forma crónica como consecuencia del suceso sufrido y que interfieren negativamente en su vida cotidiana [Echeburua, Enrique/ Amor, Pedro/ De Corral, Paz, “Evaluación del daño psicológico de las víctimas de delitos violentos”, en Psicothema. Vol. 14(2002), pp. 139 y 140].

33°. La lesión psíquica incapacita significativamente para hacer frente a los requerimientos de la vida ordinaria a nivel personal, laboral, familiar o social, por tanto su presencia es medible. Las lesiones más frecuentes son los trastornos adaptativos, el trastorno de estrés posttraumático o la descompensación de una personalidad anómala. El trastorno de estrés posttraumático, común en los delitos de violencia sexual según la Organización Mundial de la Salud, es una alteración psíquica que aparece cuando la persona ha sufrido una agresión física o una amenaza para la vida propia o de otra persona. Asimismo, cuando la reacción emocional experimentada implica una respuesta intensa de miedo, horror o indefensión [Asensi Pérez, Laura Fátima: “La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género”, en Revista Internauta de Práctica Jurídica N° 21, enero-junio de 2008, p. 19].

34°. De otro lado, las secuelas emocionales que se presentan se refieren a la estabilización del daño psíquico, es decir, a una discapacidad permanente que no remite con el paso del tiempo ni con un tratamiento adecuado; es una alteración irreversible en el funcionamiento psicológico habitual [Echeburua, Enrique/ Amor, Pedro/ De Corral, Paz, “Evaluación del daño psicológico de las víctimas de delitos violentos”, en Psicothema. Vol. 14 (2002), p. 140]. Por esta razón, la pericia psicológica forense es la idónea para determinar el daño causado. Ella es un procedimiento metodológico, realizado por un perito psicológico, con la finalidad de esclarecer la conducta y determinar el estado de salud mental de personas implicadas en procesos de investigación policial y/o judicial [Policía Nacional del Perú: Manual de Criminalística, Dirección de Criminalística, Lima, 2006, p. 356].

35°. La referida pericia se basa en un procedimiento establecido: i) observación de la conducta, se debe registrar indicadores como tics, movimientos o temblores del cuerpo, etcétera, ii) historia clínica psicológica, que es un documento biográfico del pariente basado en sus vivencias y experiencias, así como de la familia; esencialmente deben anotar datos de la filiación y el problema actual, iii) examen mental que es una herramienta que permite detectar alguna patología mental la que será corroborada con los otros instrumentos, iv) reactivos psicométricos (pruebas psicológicas).

36°. Su valoración adquiere la mayor relevancia, por lo que, siguiendo los criterios asumidos, se debe considerar además de lo ya expuesto:

- A) La acreditación del profesional que suscribió el informe documentado, grado académico en la especialidad, especialización en psicología forense o similar.
- B) De ser posible, es necesario que se grabe la entrevista y se detalle cómo se llevó a cabo.
- C) Evaluar si se efectuó de conformidad con los estándares de la Guía de Procedimiento para la Evaluación Psicológica de Presuntas Víctimas de Abuso y Violencia Sexual Atendidas en Consultorio del Ministerio Público de 2013, aunque esto no implica que no se deba de evaluar los demás criterios, pues este es solo un dato indicario de la validez de la prueba pericial psicológica forense.
- D) Como se advirtió, es importante que el juez al momento de evaluar al perito pregunte sobre la relevancia y aceptación de la comunidad científica de la teoría usada, por ejemplo, en el uso de reactivos psicométricos, como el test de la Figura Humana de E. M. Kopitz, test de la Figura Humana de Karen Machover test de la Familia, test de la Casa, test del Árbol, etcétera; y como es que el uso de estos apoya la conclusión a la que arribó.
- E) El juez debe preguntar sobre el posible grado de error de las conclusiones a las que ha llegado el perito, debiéndose valorar que los sujetos en estas pruebas tienden a responder con sinceridad los cuestionarios que se les hacen, pero existen excepciones que conviene controlar, así el único uso de autoinformes¹ no es apto para el diagnóstico de los trastornos de personalidad, pues en comparación con las entrevistas clínicas² tienden a ocultar o exagerar los síntomas del paciente. Al contrario, las técnicas proyectivas son más difíciles de falsear porque son pruebas enmascaradas [Echeburua, Enrique/ Amor, Pedro/ De Corral, Paz: “Autoinformes y entrevistas en el ámbito de la psicología clínica forense: limitaciones y nuevas perspectivas”, en Análisis y modificación de conducta. Vol. 29. N° 126 (2003), pp. 139 y 140. Asimismo, se ha señalado que las pruebas proyectivas tienen una ventaja significativa en relación al resto de pruebas psicológicas y es que no están intermediadas por el lenguaje, a diferencia, por ejemplo, de los cuestionarios [Demus: Justicia de género. Pericias psicológicas en caso de violencia sexual en conflicto armado, Demus, Lima, 2010, p. 6].
- 37°. Como se ha fundamentado, para la realización de las

¹ Los autoinformes son cuestionarios que consisten en listas de preguntas sobre formas de conducta, referencias personales, sentimientos, actitudes, opiniones, etcétera, los errores se presentan por ignorancia sobre lo que se pregunta, falta de motivación para responder, simulación, deseabilidad social (aparentar) distorsiones de la memoria.

² En éstas también hay errores por cuanto no hay baremos estandarizados para hacer entrevistas, el entrevistador puede anotar síntomas inexistentes, no percatarse de indicios no verbales clínicamente significativos, inducir respuestas, etc.

tres pericias analizadas es necesario comprobar su solvencia o confiabilidad científica, según su naturaleza, para asignarle valor debiendo atenderse los criterios expuestos.

III. DECISIÓN

38°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

39°. ESTABLECER como doctrina legal los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 15° al 36° del presente Acuerdo Plenario.

40°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

41°. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, sólo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

42°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano.

Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

PRADO SALDARRIAGA

RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRINCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA IX

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 5-2015/CIJ-116

Fundamento: Artículo 116° TUO LOPJ.

Asunto: El concepto de arma como componente de la circunstancia agravante “a mano armada” en el delito de robo.

Lima, dos de octubre de dos mil quince.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización

del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 246-2015-P-PJ, de 10 de junio de 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, acordaron realizar el IX Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116°, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, la publicación de temas y la presentación de ponencias. Esta última etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a las personas en general, a participar e intervenir en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello, se habilitó el Foro de Participación Ciudadana a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación ciudadana a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados-, en la sesión del 12 de agosto último, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han conocido en sus respectivas Salas durante el último año. Fue así cómo se establecieron los seis temas de la agenda, con sendos problemas específicos.

La segunda etapa, consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el 3 de septiembre. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos.

La tercera etapa comprendió el proceso de deliberación, votación y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de los Jueces Supremos Ponentes para cada tema seleccionado. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial -en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República- a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del orden jurisdiccional que integran.

3°. Atendiendo a la complejidad y a las características peculiares del tema en cuanto a la agravante específica “a mano armada”, en el delito agravado de robo previsto en el artículo 189.3° del Código Penal, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar las bases jurídicas correspondientes para así establecer una posición jurisprudencial sólida que responda las inquietudes arriba señaladas. De igual forma, se decidió decretar su carácter de precedente vinculante, en consonancia con el rol unificador en materia jurisprudencial que corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la República. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Intervienen como ponentes los señores Prado Saldarriaga y Salas Arenas.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Antecedentes y situación problemática

4°. El artículo 239° del Código Penal de 1924, en la redacción que introdujo la Ley N° 23405, de 27 de mayo de 1982, consideró como agravante del robo, el que este hubiese sido cometido portando “cualquier clase de arma o instrumento que pudiese servir como tal”. Con esta expresión se aludía a las denominadas “armas impropias”. Este antecedente muestra que el legislador desarrolló una noción más amplia de aquella que ha correspondido tradicionalmente a la agravante de mano armada o de portar armas. Esto es, la necesidad de que el agente exhiba o lleve consigo un medio confeccionado exclusivamente para potenciar la capacidad de ataque o de daño contra terceros. El legislador con dicho texto propició la posibilidad de una interpretación analógica a partir de la función propia de las armas: su capacidad de servir para atacar y dañar. De allí que, desde aquél entonces, la doctrina ha rechazado que

UNIDAD III LA ACTIVIDAD PROBATORIA PERICIAL

- 3) Directiva 008-2012-MP-FN- ofrecimiento de medios de prueba por parte del Ministerio Público.**

**DIRECTIVA N° 008-2012-
MP-FN**

**EL OFRECIMIENTO Y LA ACTUACION DE LA PRUEBA
PERICIAL**

I. OBJETO

Tiene como objeto establecer las pautas procesales para el ofrecimiento y la actuación de la prueba pericial, delimitando su contenido y su régimen jurídico.

II. FINALIDAD

Unificar criterios de interpretación y aplicación del nuevo Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 957 (en adelante CPP).

III. ALCANCE

La presente Directiva, es de aplicación obligatoria para todos los Fiscales de los Distritos Judiciales en los que se encuentra vigente el CPP.

IV. BASE LEGAL

Constitución Política del Estado: artículos 158 y 159.
Código Procesal Penal - Decreto Legislativo 957: artículos 61.1, 172.1, 174.2, 176.1, 181.1, 378.5 y 383.1.c). Ley Orgánica del Ministerio Público - Decreto Legislativo 052: artículos 1, 5 y 64.
Reglamento de Control Interno del Ministerio Público: artículo 23, incisos c y d.

V. NORMAS GENERALES

LA PRUEBA PERICIAL Y SUS FASES

- 1.- La pericia, procede siempre que sea imperioso obtener conocimientos de otras ciencias, técnicas, artes o tecnologías. En este sentido, el artículo 172.1 del CPP, establece que procederá la misma; cuando sea necesario

la explicación y mejor comprensión de algún hecho, o se requieran conocimientos especiales de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada. Por consiguiente, se hace necesario recurrir a una determinada persona versada en aquellos conocimientos, convirtiéndola, de esta manera, en un órgano de prueba: el perito.

En la concepción del sistema acusatorio, el perito es considerado como un apoyo de la parte y de su teoría del caso, alejándose así del paradigma del proceso penal tradicional en el que se le considera como un auxiliar del Juez. Aquella concepción no es incompatible con la objetividad que debe primar en este órgano de prueba, la misma que debe entenderse como todo aquello ajeno a los intereses de las partes, incluso, de la solicitante de la prueba; esto es, el perito debe basar sus conclusiones únicamente en sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados, sin faltar a la verdad y despojado de inclinaciones personales o de terceros.

- 2.- La pericia tiene dos fases o momentos: la primera, es la elaboración y presentación del informe, y la segunda, es la declaración pericial o prueba pericial propiamente dicha. Ambas fases se encuentran reguladas y diferenciadas en el CPP; así, en sus artículos 174.2 y 176.1, se establece el objeto sobre el que incidirá la elaboración de la pericia, el acceso a la información necesaria y el plazo de su entrega o presentación (primera fase); mientras que en sus artículos 181.1 y 378.5, se regula el examen y el

contraexamen del perito, y el objeto sobre el que debe incidir estas técnicas de litigación, todo ello, como es obvio, bajo los principios de contradicción, intermediación y oralidad (segunda fase)

Estas etapas no hacen o convierten a la pericia en dos pruebas distintas: la declaración pericial; por un lado, y el informe pericial, por otro, como erróneamente, se le entiende o podría entender -error que conlleva muchas veces a ofrecer como medio de prueba al informe o, también denominado, dictamen pericial-. La prueba pericial es única, aunque su desarrollo implique dos momentos procedimentales separables en el tiempo.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRUEBA PERICIAL

- 3.- El CPP regula y fija a la declaración pericial como régimen jurídico que gobierna a la prueba pericial. Al respecto, le proporciona el mismo tratamiento que a la prueba testimonial, atendiendo a la común naturaleza de ambos: ser órganos de prueba -siguiendo lo comúnmente conocido como testigo lego (testigo en estricto) y testigo experto (perito)-. Específicamente, el artículo 378.5 del CPP, establece que: "El examen de los peritos se inicia con la exposición breve del contenido y conclusiones del dictamen pericial[...]"; asimismo, el artículo 181.1 del CPP, estipula que: "El examen o interrogatorio del perito en la audiencia se orientará a obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión[...]".
- 4.- Conforme a este régimen jurídico -declaración pericial-, el examen y el contraexamen, giran en torno al contenido del dictamen o informe pericial; empero, debe señalarse que este último no sustituye a la declaración del órgano de prueba, por consiguiente, procesalmente, es incorrecto que se postule y se proponga al dictamen o informe como prueba pericial; de ser así, no sólo contravendría la normativa que regula su régimen jurídico, sino que además se estaría prescindiendo de su momento substancial: la declaración, y con ello, violentando los principios de contradicción, intermediación y oralidad. La analizada normativa, obliga, por ende, que se instruya a los Fiscales que, de darse el caso de necesidad de esta prueba, se ofrezca la declaración del perito como medio probatorio, toda vez que atendiendo a su régimen jurídico, es indispensable que se examine y contraexamine a dicho órgano de prueba. Los peritos declaran para explicar el contenido y las conclusiones de su informe, no para que se lea su documento.

EL DICTAMEN PERICIAL COMO PRUEBA DOCUMENTAL

- 5.- La normativa del CPP regula, expresamente, como régimen jurídico de la prueba pericial a la declaración pericial, por ende, también es incorrecto que, ab initio y a priori, se ofrezca al dictamen o informe pericial como una prueba documental. Esta posibilidad, únicamente, se presenta en los dos supuestos que establece el artículo 383.1.c) del CPP: a) cuando existe imposibilidad de que asista al juicio por fallecimiento, ausencia del lugar de residencia, desconocimiento de su paradero o por otras causas no atribuidas a las partes; y, b) cuando se trate de dictámenes producidos por comisión o exhorto o informe.
- 6.- Ambos recogen supuestos de razonable imposibilidad material de concurrencia al Juicio Oral; empero, esto no debe conllevar a afirmar -erróneamente- que se trate de un cambio o una sustitución del régimen jurídico de la prueba pericial -el régimen sigue siendo el mismo para la prueba pericial-; pues, lo que ha regulado el CPP en el artículo 383.1.c), es un nuevo supuesto de ofrecimiento y admisibilidad de la prueba, que es el del dictamen o informe pericial, el mismo que, exclusivamente, bajo los mencionados supuestos normativos, sigue el régimen de la prueba documental.

Por consiguiente, se les instruye a los Fiscales que, únicamente, deben ofrecer al dictamen o informe pericial para que se actúe bajo el régimen jurídico de la prueba documental, cuando se presenten alguno de los señalados supuestos de imposibilidad material de concurrencia del perito al juicio oral

VI. VIGENCIA

La presente Directiva será de aplicación obligatoria desde el día siguiente de su publicación. Lima, 08 de agosto del 2012.

JOSÉ ANTONIO PELÁEZ
BARDALES Fiscal de la
Nación

UNIDAD III LA ACTIVIDAD PROBATORIA PERICIAL

4) Casación Civil N° 864-2014-Ica.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 864-2014
ICA

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

SUMILLA: La concepción del derecho a la identidad previamente glosada debe concordarse con la regulación dispensada por la norma del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, según la cual el derecho a la identidad incluye el derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, debiendo entenderse esta referencia a los verdaderos padres.

Una correcta interpretación de la norma contenida en el artículo 395 del Código Civil, exige concordancia con el artículo 2 inciso 1 de la Coaistitucion Pot.Jce del Perú, así como del artículo 6 del Código de los Niños y Aaoissceotes de acuerdo a la concepción previamente expuesta.

Lima, uno de septiembre
de dos mil catorce.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE
LA REPÚBLICA, vista la causa número ochocientos sesenta y cuatro - dos mil
catorce; con lo expuesto en el Dictamen de la Señora Fiscal Suprema en lo
Civil; y producida la votación correspondiente, emite la presente sentencia: -----

MATERIA DEL RECURSO.- Se trata del recurso de casación interpuesto por
Ytalo David Verástegui Valenzuela, de fojas ciento veintiocho a ciento treinta,
contra la sentencia de vista de fojas ciento veintiuno a ciento veintiséis, de
fecha veinte de diciembre de dos mil trece, expedida por la Sala Superior Mixta
Descentralizada de Pisco de la Corte Superior de Justicia de Ica, que revoca la
sentencia apelada de fojas ciento uno a ciento seis, de fecha once de octubre
de dos mil trece, que declara fundada la demanda; y reformándola, la declara
infundada; en los seguidos por Ytalo David Verástegui Valenzuela contra Oiga
Yanet López Estela, sobre Impugnación de Reconocimiento de Paternidad
Extra matrimonial. -----

FUNDAMENTOS DEL RECURSO.- Esta Sala Suprema, mediante resolución
de fojas veinticinco a veintiséis del presente cuadernillo, de fecha veintiocho de
abril de dos mil catorce, ha estimado procedente el recurso de casación por la
causal de infracción normativa de derecho material. El recurrente ha
denunciado la infracción normativa material del artículo 395 del Código Civil,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 864-2014
ICA

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

sosteniendo que la Sala Superior no ha evaluado debidamente dicho numeral, conforme lo ha precisado la propia Corte Suprema en la Casación número 2092-2003, en cuanto establece que si bien el reconociente no puede dejar unilateralmente sin efecto el reconocimiento practicado, por mandato del artículo 395 del Código Civil, ello no impide que pueda ejercer las acciones pertinentes para demandar, en sede judicial y con pruebas idóneas, su nulidad o anulabilidad.

C:(~)tiil~l[]E:R~tiil[]():-----

PRIME:R().- Que, previamente a la absolución del recurso de casación *sub examine*, es necesario hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. En tal sentido, se advierte que de fojas doce a veintidós, Ytalo David Verástegui Valenzuela interpone demanda de nulidad de acto jurídico contra Oiga Yanet López Estela, solicitando que se declare la nulidad de la Partida de

"--Nacimiento del menor de iniciales O.O.V.L. ante la Municipalidad Provincial de Pisco, por encontrarse viciado el acto de reconocimiento, debido al dolo proveniente del engaño de la madre del menor, al obligarle a celebrar el reconocimiento de paternidad indebida y nula. Como fundamentos de su demanda sostiene que hace aproximadamente cinco (05) años conoció a la demandada Oiga Yanet López Estela, con quien mantuvo relaciones esporádicas fuera de su matrimonio, hecho que desembocó en una vinculación irregular con la emplazada. Que, pasados los años, después de esta relación fuera de su matrimonio, la demandada sorpresivamente y con demostrada y probada mala fe, con engaño, maltrato y amenazas, le hizo creer que era el padre de su menor hijo; para tal efecto, inventó un sinnúmero de razones para comprometerlo, como si fuera el verdadero padre biológico de su hijo. Que, durante el proceso de embarazo y después del nacimiento de su hijo, le exigió con prepotencia y amenaza su derecho de madre y del bebe, exigiéndole todos los requerimientos y facilidades como si fuera el verdadero padre biológico. Que, una de las formas de la demandada para exigirle los pagos y las necesidades de su menor hijo fue demandarlo por alimentos y violencia familiar. Que, desde el primer momento del nacimiento de su hijo, siempre le

*CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA*

CASACIÓN 864-2014
ICA

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

solicitó a la demandada el examen de ADN (ácido desoxirribonucleico), por cuanto tenía serias dudas sobre la paternidad del menor, fue así como en los últimos meses del año dos mil once, tomó la decisión de visitar un laboratorio reconocido y de experiencia para despejar esta duda, que al tomar las muestras del menor han determinado al cien por ciento (100%) que no es el padre biológico del menor. -----

Y SEGUNDO.- Que, tramitada la demanda según su naturaleza, el juez de la causa, mediante sentencia de fojas ciento uno a ciento seis, de fecha once de octubre de dos mil trece, declara fundada la demanda. Como fundamentos de su decisión sostiene que, conforme se tiene de la demanda de autos, se advierte que el actor pretende que mediante sentencia se declare nula la Partida de Nacimiento del menor con iniciales O.O.V.L., ante la Municipalidad Provincial de Pisco, por encontrarse viciado el acto de reconocimiento, debido al dolo proveniente del engaño de la madre del menor, obligándole a celebrar el reconocimiento de paternidad indebida y nula. Que, conforme se tiene de lo actuado durante la tramitación del proceso, se tiene la prueba biológica del ADN (ácido desoxirribonucleico) la cual se ha practicado al demandante, la demandada y al menor O.O.V.L., del cual se impugna la paternidad reconocida, siendo que del Informe Pericial de fojas ochenta y seis, se concluye que el análisis demuestra con certeza científica que el demandante Ytalo David Verástegui Valenzuela no es el padre biológico del menor O.O.V.L.; Que, de lo determinado precedentemente se advierte que a través de la prueba científica del ADN (ácido desoxirribonucleico) se ha acreditado irrefutablemente que no existe vínculo parental entre el demandante y el menor O.O.V.L., por lo que advirtiéndose que se encuentra válidamente acreditado que no existe vínculo parental que una al actor con el menor O.O.V.L., consecuentemente, la demanda de autos debe ser amparada, ello en atención al interés superior del niño, así como en resguardo a su derecho a la identidad. Que, conforme lo prevé el inciso 2) del artículo 408 del Código Procesal Civil, la consulta solo procede contra la decisión final recaída en proceso donde la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal, que es el caso de autos,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 864-2014
ICA

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL
conforme se verifica del proceso y así se ha precisado en la presente
resolución, por lo que en cumplimiento de dicha norma, de no interponerse
contra la presente recurso de apelación, debe elevarse al superior en grado de
consulta, de oficio. -----

TERCERO.- Que, apelada la mencionada sentencia, la Sala Revisora,
(- — mediante sentencia de vista de fojas ciento veintiuno a ciento veintiséis, la
r~voca y, reformándola, declara infundada la demanda. Como sustento de su
decisión manifiesta que en el caso de autos el artículo 395 del Código Civil
establece que: *"El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable"*. Dicho
numeral contiene una prohibición taxativa y terminante, pues constituye una
norma de carácter imperativo, que no admite pacto en contrario; en tal sentido,
—endo en cuenta que mediante acta de nacimiento de fojas cuatro, se
aprecia el reconocimiento del menor de iniciales O.O.V.L. lo ha practicado el
propio demandante, como también lo expone en su escrito de demanda de
fojas doce y siguientes, lo que no ha sido considerado por el juez de primera
instancia. Que, por otro lado, respecto a la supuesta actitud de la emplazada
quien como alega el demandante: *"sorpresivamente y con demostrada y
probada mala fe, con engaño, maltrato y amenazas, me hizo creer que era el
padre de su menor hijo"*, cabe señalar que de los actuados, no se prueba de
manera fehaciente el dolo alegado, pues la resolución del proceso de violencia
familiar de fojas nueve, no evidencia ningún dolo o engaño reconocido por la
demandada, ni mucho menos prueba que haya actuado de mala fe. Asimismo,
con relación al maltrato y amenazas, debe considerarse lo dispuesto en el
artículo 216 del Código Civil, respecto a la calificación de la violencia, pues en
el presente caso, atendiendo a la edad, condición y sexo del demandante, es
improbable que haya mediado intimidación al extremo que obligue al
demandante a firmar el reconocimiento del menor, por lo que la sentencia
carece de motivación al respecto. Que, si bien la prueba del ADN (ácido
desoxirribonucleico) ha concluido que el demandante no es el padre biológico
del menor, debe tenerse en cuenta que este hecho no es suficiente para
solicitar la anulación del acto de reconocimiento, por no existir vínculo

*CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA*

CASACIÓN 864-2014
ICA

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

consanguíneo, debiendo además concurrir el supuesto de una voluntad viciada, hecho que no se prueba en el presente caso, pues la voluntad del sujeto constituye la esencia misma del acto jurídico, pues la falta de ella hace que el acto no llegue a ser tal; la voluntad sola no es suficiente, pues su manifestación necesita que entre ambas exista una imprescindible correlación, toda vez que la manifestación debe dar contenido a la verdadera y real voluntad interna del sujeto; y, que entre lo que el sujeto manifiesta y lo que quiere exista también una necesaria e imprescindible correlación. Que, en tal sentido, no se determina en base a los actuados la presencia de dolo y violencia que alega el demandante haber sufrido, ni mucho menos que se haya incurrido en error, sino más bien ha quedado claro, dado los años transcurridos, que el demandante, tuvo una voluntad generadora del acto jurídico (...); es decir, tuvo ~ el momento del reconocimiento una voluntad sana y manifestada que genera, modifica, transforma y extingue derechos y que es el resultado de la conjugación de los elementos que dan lugar a la formación de la voluntad interna, como son el discernimiento, la intención y la libertad y de su elemento externo, que viene a ser la manifestación en cualquiera de sus modalidades. Sin poder acreditar el rompimiento de los elementos antes citados, ni la presencia de factores perturbadores que pudieron haber hecho surgir una voluntad viciada. Se debe agregar que lo alegado por el demandante no se encuentra inmerso en ninguna causal de nulidad (artículo 219 del Código Civil) ni en causales de anulabilidad (artículo 221 del Código Civil). Que, por último, el reconocimiento es irrevocable, por lo tanto, una vez que se lleva a cabo no se puede impugnar (excepto en casos muy calificados cuando se prueba el error, dolo o violencia). El fundamento de la irrevocabilidad del reconocimiento, destaca no solo por su naturaleza declarativa, sino también por razones de seguridad jurídica necesarias para la estabilidad referida a la filiación de las personas, que no puede ser variado caprichosamente, más aun teniendo en cuenta el Principio de Interés Superior del Niño, por lo que el Estado está en la obligación de preservar la identidad de los niños. Que, en tal sentido, la ratio de la prohibición de la revocabilidad obedece a que dado que mediante el acto de

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

reconocimiento se materializa el derecho de identidad (consagrado en el artículo 2.1 de la Constitución Política del Perú y que, según el Tribunal Constitucional, "*comprende (...) al derecho a un nombre - conocer a sus padres y conservar sus apellidos*") de la persona reconocida, no se quiere que dicho derecho fundamental y otros derechos familiares de igual trascendencia que el acto de reconocimiento acarrea, quede al arbitrio del sujeto que realiza

---A «> reconocimiento, mucho menos amparar la demanda, cuando se evidencia que el reconocimiento vino de la existencia de un acto jurídico válido. -----
(j_X

CUARTO.- Que, en atención a lo alegado en el recurso de casación *sub examine* cabe manifestar lo siguiente: El artículo 395 del Código Civil, que califica el reconocimiento de paternidad (o maternidad) como un acto irrevocable, así como exento de modalidades, debe interpretarse de manera sistemática con

integridad de nuestro ordenamiento normativo jurídico. En tal sentido, es particularmente destacable el contenido del derecho a la identidad, consagrado en la norma del artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, así como en la del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes. Al respecto Carlos Fernández Sessarego sostiene que el derecho a la identidad comprende el derecho al nombre; señala que el derecho a la identidad "*supone el reconocer a cada persona, en cuanto ser único y no intercambiable, su propia identidad psicosomática. A partir de este reconocimiento la persona tiene la facultad y el deber de asumir la paternidad de sus propias acciones de conducta, así como impedir se le atribuyan comportamientos ajenos. El que la persona sea idéntica a sí misma implica reconocer la vertiente personal del ser humano que se complementa con aquella de carácter social. El hecho de que todos los hombres sean iguales no significa que la persona pierda su propia identidad, diluyéndose en la pura individualidad o disgregándose en la colectividad. El ser humano es estructural y simultáneamente, personal y comunitario*" (Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Tercera edición. Librería Studium, Lima, 1988, página 77). -----

QUINTO.- Que, la concepción del derecho a la identidad previamente glosada debe concordarse con la regulación dispensada por la norma del artículo 6 del

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 864-2014

ICA

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

Código de los Niños y Adolescentes, según la cual el derecho a la identidad incluye el derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, debiendo entenderse esta referencia a los verdaderos padres. -----

SEXTO.- Que, en tal orden de ideas, una correcta interpretación de la norma contenida en el artículo 395 del Código Civil, implica concordarla con el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, así como del artículo 6 del Código

~~d-ctefos~~ Niños y Adolescentes, de acuerdo a la concepción previamente propuesta. -----

SÉTIMO.- Que por consiguiente, se advierte que el *Ad quem* ha incurrido en la denuncia postulada en el recurso de casación materia de absolución; es decir, ha infringido el artículo 395 del Código Civil, en el entendido que no efectuó i terpretación sistemática, acarreando ello la nulidad de la sentencia de vista recurrida, lo cual comportaría que esta Sala de Casación emita un fallo en sede de instancia, tal como está previsto en el artículo 396 primer párrafo del Código Procesal Civil; no obstante, es necesario que el *Ad quem* haga una nueva evaluación de los hechos y pruebas del proceso a la luz de la correcta interpretación antes consignada, siendo por ello justificable el reenvío excepcional, en tanto esta Sala Suprema no puede realizar tal revaloración por no corresponder a los fines de la casación determinados en el artículo 384 del Código Procesal Civil. -----

OCTAVO. - Que, finalmente, cabe agregar que en la nueva sentencia a emitirse el *Ad quem* deberá evaluar si es factible la revocatoria de una resolución elevada en consulta, estando a la naturaleza jurídica de la consulta. -----

Por las consideraciones expuestas y en aplicación de lo establecido por el artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Ytalo David Verástegui Valenzuela, de fojas ciento veintiocho a ciento treinta; por consiguiente, CASARON la sentencia de vista de fojas ciento veintiuno a ciento veintiséis, de fecha veinte de diciembre de dos mil trece, expedida por la Sala Superior Mixta Descentralizada de Pisco de la Corte Superior de Justicia de Ica, que revoca la sentencia apelada de fojas

*CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA*

CASACIÓN 864-2014

ICA

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

ciento uno a ciento seis, de fecha once de octubre de dos mil trece, que declara fundada la demanda; y reformándola, la declara infundada; ORDENARON a la Sala de su procedencia que emita nueva resolución con arreglo a ley y a las consideraciones precedentes; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Ytalo David Verástegui Valenzuela contra Oiga Yanet López Estela, sobre Impugnación de Reconocimiento de Paternidad Extramatrimonial; y los devolvieron. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo-

S.S.

VALCÁRCEL SALDAÑA

CUNYA CELI

Dra. C. ampacCa-b~ja.
Secretaria:(e)
Sala Civil Transitoria
Corte Suprema

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN MINORÍA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO CALDERÓN PUERTAS ES COMO SIGUE:-----

PRIMERO.- Que, a efectos de resolver la presente causa, debe tenerse presente el marco fáctico establecido en los autos de mérito. Así se tiene: -----

- a. El demandante cuestiona haber reconocido al menor de iniciales O.D.V.L. e indica que fue inducido a engaño por la demandada para practicar dicho reconocimiento. -----
- b. Ha quedado acreditado con la prueba de ADN (ácido desoxirribonucleico) que no es padre biológico del menor. -----
- c. La sentencia de primera instancia declaró fundada la demanda. -----
- d. La sentencia impugnada revoca la misma señalando que existen dos requisitos copulativos para solicitar la anulación del acto de reconocimiento: i) que el sujeto que reconoce demuestre mediante prueba de ADN (ácido desoxirribonucleico) que no tiene vínculo consanguíneo; y,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 864-2014

ICA

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

ii) que el sujeto haya reconocido con la creencia de que realmente es su hijo, resultando indispensable que la voluntad del sujeto haya estado viciada. Que atendiendo a la edad, condición y sexo del demandante, es improbable que haya mediado intimación al extremo que obligue al demandante a firmar el reconocimiento del menor, por lo que la sentencia de primera instancia carece de motivación al respecto. -----

SEGUNDO.- Que, el recurso de casación se ha interpuesto por supuesta vulneración al artículo 395 del Código Civil; expresamente se ha indicado que dicho dispositivo no impide que se puedan ejercer las acciones pertinentes para demandar, en sede judicial y con pruebas idóneas, la nulidad o anulabilidad del reconocimiento de paternidad. -----

TERCERO.- Que, quien aborde el tema de la identidad reparará de inmediato en la tremenda dificultad de responder por qué se es el que se es¹. En una serie de libros, pero fundamentalmente en "Tiempo y Narración"² (I, II y III) Ricoeur ha construido la idea de identidad personal sobre la base de la identidad narrativa. Para Ricoeur "únicamente la identidad narrativa puede hacer de verdad compatible el cambio con la coherencia de una vida". El filósofo francés ha establecido la unidad entre tiempo y narración, asunto que no le parece contingente, sino absolutamente esencial, en tanto "el tiempo se hace tiempo humano en la medida en que se articula en un modo narrativo y la narración alcanza su plena significación cuando se convierte en una condición de la existencia temporal". En esa perspectiva, el hombre es un sí mismo por la singularidad de sus historias, por la trama de las mismas, por la conexión entre cada una de las narraciones y por el tiempo en qué suceden sus quehaceres,

¹ "Durante todo un año –se dijo– Teseo ha estado navegando por los mares del mundo. Al concluir este período se percata de que su nave se ha ido deteriorando, razón por la cual la saca a un dique y empieza a repararla. Pero la reparación, que le lleva un año entero, es más seria de lo que en principio pensó, de manera que al final todas las piezas del barco han sido sustituidas por otras exactamente iguales a las originales. Concluida la tarea, Teseo vuelve a lanzarse al mar. No es, sin embargo, el único que lo hace. Pues mientras Teseo iba reparando su buque e iba desechando las piezas antiguas, un rival suyo iba cogiéndolas, restaurándolas una a una y ensamblándolas en un barco exactamente igual al de Teseo, con el que también se hace a la mar por las mismas fechas". El ejemplo es de Hobbes. Aquí se trae la recensión que de él hace Mariano Rodríguez González en "El problema de la identidad personal".

Biblioteca Nueva, Madrid 2003, p. 39.

Ricoeur, Paul. Tiempo y Narración (I, II y III). México, Siglo XXI, 1984, 1985.

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

porque lo que interesa no es el tiempo de los relojes sino el tiempo histórico de su propia existencia³. -----

CUARTO.- Hay, por consiguiente, una identidad que se va labrando en el diario acontecer, en la cotidianidad. Ella es un asunto de la propia libertad y se labra en el proyecto que el propio ser humano lanza para su existencia. Por ello uno es idéntico a sí mismo -más allá de los golpes del destino, de los cambios físicos, de las transformaciones espirituales- porque ha vivido su propio tiempo narrativo y porque ha sido -apelando a una expresión de Ortega- "novelista de sí mismo?". "Yo soy el que soy", le dice Dios a Moisés y su propia eternidad lo explica. Uno es el que es porque es nuestra historia vital la que nos enlaza en el tiempo.-----

QUINTO.- Que, en esa perspectiva, si bien la procreación constituye el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno filial. Sin embargo, no es el único registro que permita entender ésta, lo que no implica que no deba reconocerse dicho acercamiento⁵. -----

SEXTO.- Que, en efecto, a pesar de su importancia⁶, el dato biológico otorga una identidad que, en primera instancia, podemos llamar estática, pero que

³ Una reseña sobre el trabajo de Paul Ricoeur en "El problema de la identidad personal". Mariano Rodríguez Gonzales. En esta obra además, pero citando a D. Denett (La conciencia explicada. Una teoría interdisciplinar) el autor (p. 163) recuerda la importancia del Yo como centro de gravedad narrativa, recurriendo para ello a la literatura. "Piensen en Ishmael, de Moby-Dick. "Llámenme Ishmael". así es como empieza la novela, y nosotros obedecemos. No llamamos Ishmael al texto, ni llamamos Ishmael a Melville. ¿A quién o a qué llamamos Ishmael? Llamamos Ishmael a Ishmael".

⁴ Ortega y Gasset, José. Historia como sistema. Revista de Occidente. Tercera edición, 1958, p. 39.

Ángela Aparisi Miralles ha señalado que si el valor de la vida humana está en su genoma, solo puede seguir que su valor dependerá de la calidad del mismo, lo que importa propiciar un "control de calidad genética" y la subsiguiente eugenesia. En: Genoma Humano, Dignidad y Derecho. En: www.unav.es/derecho/biblioteca_virtual)

⁶ Sin rechazar el componente biológico, Atahualpa Fernández se ha preguntado sobre el origen del universo jurídico. Con claridad ha dicho: "Muchos siglos de debate sobre el origen del Derecho (y de la ética) podrían reducirse a la siguiente alternativa: o bien los preceptos éticos y jurídicos, tales como la justicia y los derechos humanos, aparecen gracias a la naturaleza humana -con el resultado de que existen unas reglas innatas sobre los comportamientos y unos universales morales determinados por nuestra naturaleza- o bien esos preceptos éticos y jurídicos son invenciones humanas socialmente construidas -en el sentido de que nada existe en el mundo del Derecho y de la ética al margen del acuerdo o del desacuerdo humano".

Fernández señala que la explicación neodarwinista convencional sostiene que el Derecho tiene una ventaja adaptativa. Él considera que la pregunta que debe hacerse no es ¿por qué creamos el Derecho? sino ¿qué constituye la ventaja selectiva o adaptativa del Derecho? En su trabajo -sin descuidar los componentes culturales- trata de dar una respuesta a su inquietud

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 864-2014

ICA

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

luego se irá realizando en el acontecer diario de una manera dinámica y proyectiva. De allí que se haya señalado que el derecho a la identidad constituye: *"el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad"* presentándose bajo dos aspectos *"uno estático, mediante el cual se da una primera e inmediata visión del sujeto (nombre, seudónimo, características físicas y documentarias) y un aspecto dinámico constituido por la suma de pensamientos, opiniones, creencias, aptitudes, comportamientos de cada persona que se expaya en el mundo de la intersubjetividad"*⁷. -----

5 ÉTIMO.- Que, siendo ello así cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental, pues considerar que el dato biológico es incuestionable implica otorgar una "santidad" a un hecho que puede ceder ante otras realidades. Eso significa un reduccionismo -tan absurdo como el de las presunciones incuestionables- que no puede tolerarse, el mismo que, por ejemplo, en un libro ya clásico, le hizo decir a Edward O. Wilson que los comportamientos genéticos también explicaban la conducta humana y que la ética debía trasladarse de la filosofía al campo de la biología. -----

OCTAVO.- Que, en buena cuenta, cuando se impugna la paternidad de una persona ella no puede justificarse solo en el dato genético, pues ello implicaría

expresando que "el Derecho aparece y se justifica por la necesidad de competir con éxito en una vida social compleja", añadiendo que ella fue la que provocó "presiones selectivas a favor de órganos de procesamiento cognitivo capaces de manejar el universo de normas y valores". En suma, el Derecho no es un constructo intelectual, sino que aparece como parte de nuestra naturaleza "a partir de un largo y tortuoso proceso coevolutivo". Con todo, a pesar de ser la naturaleza humana la que impone las "reglas de juego", no impone el resultado final, pues ella también se nutre de la historia humana. Fernández, Atahualpa. Derecho y naturaleza humana. En: www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero8. Revista Telemática de Filosofía del Derecho No. 8, 2004/2005, ISSN 1575-7382).

⁷ Fernández Sessarego, Carlos. Derecho a la identidad personal. Editorial Astrea. Buenos Aires 1992, pp. 113 y 114. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional número 2273-2005-PHC7TC señala: Fundamento 22: *"La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuef11ra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a ele entos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los ?meros. Incluso alguno de los referentes ordinariamente objetivos no solo pueden ser vistos imultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos"*.

t

*CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA*

CASACIÓN 864-2014

ICA

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

olvidar que el ser humano se hace a sí mismo en el proyecto continuo que es su vida⁸. En ese contexto, no puede ignorarse la propia voluntad lanzada al exterior⁹, tanto más si la identidad es un derecho, pero es también un deber, por lo que los ciudadanos tienen que cumplir las obligaciones a las que libremente se han sometido, más aun si ello ha provocado la existencia de documentación a favor de alguien y una historia compartida que no puede eliminar de manera unilateral. -----

NOVENO.- Que, es verdad que en algunos casos, a pesar del fenecimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica debe imponerse a la verdad legal, pero para que ello proceda deben existir situaciones especiales límites que el juez debe analizar de forma rigurosa a fin de fundamentar las razones que permitan desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional. Ello no ocurre aquí, pues, como se ha señalado, la demanda ha sido planteada sin ser respaldada por medio probatorio alguno. No es, por consiguiente, el mero capricho el que posibilita amparar este tipo de peticiones. Tal vía sería una invitación para que cualquier persona, en cualquier momento y sin mediar causa alguna que justifique su pedido, impugne la paternidad que ha mantenido a lo largo de los años. Ese hecho sí constituiría una infracción a la identidad porque siendo esta proyectiva, es decir, realizándose de manera continua, en el uso de la libertad y de las querencias propias que una relación familiar genera, podría ser cuestionada por la simple voluntad de una persona que aceptó la paternidad de un menor y que luego la rechaza para incumplir con las obligaciones que tiene con éste. -----

DÉCIMO.- Que, por ello, ante la ausencia de prueba, lo que tiene que admitirse es que tal voluntad era plena y que el demandante de manera libre aceptó la paternidad del menor con las consecuencias que ello acarrea. Para casos como éstos resultan de aplicación los artículos 399 y 400 del Código Civil, dado que intere e tanto al Estado (que necesita saber con certeza la identidad de una persona) como al menor y su familia (que han labrado su identidad

⁸ W

Edward O. Sociobiología: una nueva síntesis. Omega, 1980.

⁹ Sala Superior ha evaluado adecuadamente cuando sostiene en el numeral 5.4 de la que "no se determina en los actuados la presencia de dolo y violencia" que permitan a existencia de una voluntad viciada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 864-2014

ICA

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

dinámica con la certeza de conocer al padre) que haya un punto de cierre para la impugnación de la paternidad. Amparar la demanda significaría que los tribunales de justicia fomenten dicha impugnación por motivos irrelevantes, generando un estado de incertidumbre absoluta sobre la identidad de las personas. -----

DÉCIMO PRIMERO.- En esa perspectiva, el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, ha sido diseñado para la defensa de los intereses del menor. Así, la norma es clara al indicar que: *"el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad"*. De otro lado, el mismo Código al que se ha hecho referencia menciona que en todos los casos en los que interviene un menor debe favorecerse a su interés superior. Aquí debe advertirse que, como se ha indicado, la identidad estática y dinámica aludidas en el considerando anterior no han sido cuestionadas por el menor; no se trata, por tanto, de solucionarle un problema a él, sino más bien de crearle uno, de generarle zozobra en su vida diaria, de perturbarlo anímicamente sobre quién es y de dónde proviene; en buena cuenta, lo que encierra el pedido del demandante es negarle el derecho que tiene consigo el menor. Ello, de ninguna forma, supone preservar el interés superior del menor; por el contrario, lo menoscaba y perjudica. -----

DÉCIMO SEGUNDO.- Que, tal perjuicio no puede ser tolerado, más aun si la Convención sobre los Derechos de los Niños en su artículo 8 establece que: *"1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas; 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad"*. -----

DÉCIMO TERCERO.- Que, de otro lado, las normas legales expresamente prescriben: (i) que el reconocimiento es irrevocable (artículo 395 del Código Civil); y (ii) (que el plazo de impugnación es de noventa días a partir de que se tuvo conocimiento del acto (artículo 400 del Código Civil). No hay ninguna objeción en el presente caso para descartar dichos dispositivos legales, más aun

IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

ante la inexistencia de pruebas sobre el supuesto vicio de voluntad alegado.-----

DÉCIMO CUARTO.- Que, el Tribunal Constitucional, en el expediente número 4444-2005-PHC/TC ha señalado que el "(...) *Derecho a la identidad comprende el derecho a un nombre, conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica (...)*", Luego, en la sentencia dictada en el expediente número 2273-2005-PHC/TC, ha indicado que: "(...) *entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etcétera) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etcétera) (...)*", Precepto que se encuentra recogido por el artículo 8.1 de la Convención de los Derechos del Niño y por el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, reconociendo como uno de los Derechos Civiles de los niños, el derecho a su identidad; pues expresamente señala: "*El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos (...)*" . -----

DÉCIMO QUINTO.- Que, por consiguiente, no existe infracción alguna al artículo 395 del Código Civil, por lo que el recurso de casación debe ser declarada infundada a. -----

Por estos fundamentos, de conformidad con la Fiscal Suprema Titular en lo Civil, cuyo dictamen obra en la página veintiocho del cuadernillo de casación y a atención al artículo 397 del Código Procesal Civil, **MI VOTO** es por que se

declare INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el demandante Ytalo David Verástegui Valenzuela (página ciento veintiocho), contra la sentencia de vista de fecha veinte de diciembre de dos mil trece (página ciento veintiuno); en consecuencia NO SE CASE la resolución de vista; SE DISPONGA la publicación de la resolución en el Diario Oficial "El Peruano". bajo responsabilidad; en los seguidos por Ytalo David Verástegui Valenzuela contra Oiga Yanet López Estela, sobre Impugnación de Reconocimiento de Paternidad Extramatrimonial; y se devuelva.-

S.

CALDERÓN

PLS



o, a. "cáñ e ~ beza

S.
Secretari
a(e)
Sala Civil
Transitoria
Corte
Suprema

07 NOV 2014