



PERFIL **CRIMINOLÓGICO**

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

LA PRUEBA

Y SU VALORACIÓN EN EL DERECHO PENAL

FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

Revista Científica de Ciencias Jurídicas, Criminología y Seguridad
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Diana Salazar Méndez
Fiscal General del Estado

Dr. Mauricio Torres Maldonado
Coordinador General de Gestión del Conocimiento

Mtr. Beatriz Rodríguez Tapia
Directora de Estudios Penales

COMITÉ ACADÉMICO

Dirección de Estudios Penales.

EQUIPO DE DISEÑO EDITORIAL ACADÉMICO

Dirección de Comunicación y Promoción Institucional

M.Sc. Gabriela Moncayo

Ing. Andrés Lasso Ruiz

Quito, mayo de 2023

Contenido de acceso libre.

Los criterios vertidos por los autores no comprometen la opinión institucional.

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial, sin autorización de los autores

Edición

PERFIL **33** CRIMINOLÓGICO

EDICIÓN 33

CONTENIDO

PERFIL
CRIMINOLÓGICO

Presentación.....	9
Tratamiento de la prueba en el proceso penal.....	11
<i>Perfecto Andrés Ibáñez</i>	
La prueba y su valoración en el sistema penal acusatorio, con especial referencia a la prueba pericial.....	21
<i>Zoraida García Castillo</i>	
¿Reconocimientos personales en el juicio oral? Una aproximación desde la jurisprudencia española.....	29
<i>Miquel Julià-Pijoan</i>	
¿Cómo mejorar la regulación sobre la(s) prueba(s) pericial(es)? Un marco para incentivar la comprensión judicial de las afirmaciones periciales.....	41
<i>Carmen Vázquez</i>	
Estándares sobre prueba penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	61
<i>Víctor Hugo García; Nicolás Omar Vargas</i>	
Aplicación de inteligencia artificial en la valoración de la prueba testifical en el proceso penal español.....	77
<i>Miren Josune Pérez Estrada</i>	
Principios, derechos y garantías procesales.....	83
<i>Lorenzo Bujosa Vadell</i>	

Presentación

Al igual que la mayoría de las decisiones que las personas deben tomar a lo largo de su vida, la investigación de los hechos en el ámbito jurídico ocurre bajo un escenario de alta incertidumbre. Para reducir esta incertidumbre, el sistema jurídico ha desarrollado un conjunto de reglas, estándares y procedimientos orientados a fundamentar y verificar la verdad de los hechos y, con ello, configurar en el juez un nivel de convencimiento –más allá de toda duda razonable–, que le permita tomar una decisión justa y adecuada.

En términos de justicia y equidad, se considera que, en un caso penal, la pérdida social si el acusado sufre la pena por un delito que no cometió es mucho mayor que la pérdida provocada si el acusado no sufre la pena por un delito que sí cometió. Por ello, como resultado de una política pública progresista, se han desarrollado marcos normativos con estrictos estándares de prueba, que proporcionen presupuestos científicamente válidos y determinen una garantía en el juzgador antes de imponer responsabilidad por un delito.

De este modo, la dificultad principal –aunque no exclusiva– para predecir las decisiones judiciales no debe centrarse únicamente en las normas a aplicarse en las instancias correspondientes, sino en los hechos que han de ser declarados probados y que servirán de presupuesto para la aplicación de aquellas normas y sanciones.

En esencia, el estudio de las cuestiones teóricas y prácticas relacionadas con el ámbito probatorio dentro del proceso penal es fundamental y relevante. En este contexto, la Fiscalía General del Estado, a través de la Dirección de Estudios Penales, presenta la edición número 33 de la revista *Perfil Criminológico. Prueba y su valoración en el derecho penal* busca, con su contenido, alentar el debate, la postura crítica y la generación de propuestas y recomendaciones enfocadas en mejorar la legislación procesal. Ciertamente, un justo y eficiente proceso probatorio permitirá garantizar los derechos, libertades y legítimos intereses de la sociedad en general.

TRATAMIENTO DE LA PRUEBA

EN EL PROCESO PENAL



Francesco Carnelutti, en 1949, reprochaba a sus colegas lo que consideraba un desentendimiento del juicio, debido a su exclusiva dedicación al estudio del "mecanismo" del proceso, con el consiguiente desinterés por su "dinamismo", es decir, "por la fuerza que lo hace mover"². La denuncia expresa una preocupación entonces perfectamente fundada, que, lamentablemente, puede estarlo todavía hoy.

¹ Magistrado emérito del Tribunal Supremo (España).

² Francesco Carnelutti, *Diritto e processo* (Nápoles: Morano, 1958), 71-72; Santiago Sentis Melendo, *Derecho y proceso* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971).

En efecto, para comprobarlo, bastará recorrer el índice de cualquiera de los manuales de uso en la materia procesal penal; incluso, más paradójicamente aún, por ejemplo, el programa que en España rige actualmente las pruebas de acceso a la judicatura. Haciéndolo, podrá detectarse un verdadero vacío de tratamiento de la decisión y del modo, no estrictamente procedimental, de abordar el *thema probandum*, para llegar a ella. Seguramente, se encontrará alguna referencia al silogismo como modelo a seguir en la construcción del fallo, pero nada que tenga que ver con la elaboración de la premisa fáctica, con la *quaestio facti*, en una perspectiva que no sea estrictamente jurídico-formal, es decir, referente en exclusiva al trámite de esta clase.

La ausencia de que se trata no es de ahora, como tampoco lo es la preocupación expresada por Carnelutti a propósito del modo judicial de decidir, de resolver los conflictos, muy en particular, los de naturaleza penal. Algo por demás razonable, ya que la del juez es una figura inquietante, connotada —diría— por cierta *natural* arrogancia, bien apta para suscitar una inquietud más que fundada en los titulares de los derechos en conflicto sometidos a su consideración y, en general, en la ciudadanía, acerca del modo de adoptar sus resoluciones.

Tal preocupación es la que históricamente condujo al régimen de las ordalías con el que se quiso, nada menos, trasladar a Dios la responsabilidad del juicio³; más tarde, la opción fue por el sistema de la prueba legal, consistente en la rígida previsión de los tipos de prueba admisibles y del valor atribuible, en abstracto, a las aportaciones de cada una de las practicadas en el concreto proceso: dos claros intentos de sustraer al juez el momento decisonal. Comprobada la inviabilidad de semejante pretensión, a impulsos del pensamiento ilustrado, se daría el paso al régimen de "libre convicción". Esta, en manos de las decimonónicas magistraturas profesionales del continente europeo, fue a convertirse en "convicción íntima", lo que significó que la formación de la *ratio decidendi* no estaría sujeta a ninguna clase de reglas, no ya jurídicas, sino de cualquier tipo. Quedando, por tanto, librada a la "soberanía", incluso "imperio" del juzgador, como todavía puede leerse en muchas sentencias.

Lamentablemente, tal modo de entender el asunto goza de llamativa vigencia, por la asombrosa consideración de que el juez, en virtud de la intermediación, filtrando "lo oído" (de imputados y testigos) a través de "lo visto" en sus actitudes en el momento de declarar, se encontraría en una situación privilegiada para acceder con seguridad a *la verdad* de los hechos, es decir, de lo efectivamente sucedido en la realidad extraprocesal. A ello se debe el criterio de autores como De la Oliva, que ven en el fundamento de la decisión judicial un

3 Franco Cordero se refiere a ellas como "cualquier mecanismo decisorio fundado en el axioma de que el ritmo físico del mundo responde a las expectativas morales o a un dios que intervenga en la secuencia causal desviándola cuando lo exija un caso justo". Franco Cordero, *Riti e sapienza del diritto* (Roma-Bari: Laterza, 1981), 768.

algo de "inefable", es decir, "inexpresable" con palabras⁴.

Según este planteamiento, la actividad del juez, legalmente reglada en lo relativo al modo de proceder durante el desarrollo de las actuaciones procesales, estaría libre de prescripciones jurídicas en lo que se refiere el tratamiento del material probatorio, o sea, a la apreciación de la calidad convictiva de los elementos de prueba obtenidos a través de los distintos medios. Hasta aquí, algo inobjetable. Pero, ¡atención!: libre también de cualquier imperativo en materia de método, por lo que juzgar sería en la mayor medida un libérrimo ejercicio de intuición. En una sentencia de la Sala Segunda (penal) del Tribunal Supremo español de los años 90 del pasado siglo, se decía, expresivamente, que la libre convicción es "apreciación con arreglo a conciencia, sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase", bastando que el juez obre "recta e imparcialmente"⁵. Y de "íntima convicción", con todo lo que significa, sigue hablándose aún hoy con frecuencia en las sentencias, no obstante la vigencia incondicionada del imperativo constitucional de justificación expresa de las decisiones, con el que esta es del todo incompatible⁶.

Pero ocurre que los hechos objeto de proceso, como tales, *no están* en ninguna parte. Ni siquiera, aunque hubieran acontecido en algún momento. Así, no cabrá acceder a ellos por constatación (no es posible *ir a verlos*), tampoco recrearlos experimentalmente (porque los recreados, como sus autores, serían otros). Todo lo más, podrá contarse con vestigios materiales, huellas que hubieran podido dejar en la memoria de los eventuales testigos, o información al respecto documentada de alguno de los modos posibles. Por eso, en la experiencia procesal no

4 Julio J. Muerza Esparza et al., *Derecho procesal penal* (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2004), 514.

5 Dicho de otro modo, en presencia de un juez buena persona, de una suerte de *pater familiae*, sobran las garantías procesales y las precauciones epistémicas.

6 En efecto, pues ¿cómo verbalizar —que aquí sería poner por escrito— lo que no pasará de ser una impresión formada por el juzgador en la interpretación de lo dicho a través del *modo de decir* del deponente? Es lo que se preguntaba la escritora Emilia Pardo Bazán: "Figúrese usted, que le pidieran explicaciones [...] del porqué nos es simpática una persona y otra antipática". Emilia Pardo Bazán, *La sirena negra* (Barcelona: Bruquera, 1981), 36.

se opera con hechos, sino con enunciados o proposiciones lingüísticas relativas a estos. Y la verdad o falsedad tendrá que predicarse, no de los hechos como tales, sino de las afirmaciones que los tengan como referente.

El juez, por tanto, opera en el presente, con discursos sobre hechos que podría haber ocurrido, que, en este caso, se trataría de reconstruir, con elementos solo accesibles mediante la prueba. Una prueba nunca "directa"⁷, porque toda prueba es en realidad inferencial⁸. Y la inferencia será siempre inductiva, en el sentido de que discurrirá de un dato o circunstancia particular a otro dato o circunstancia del mismo carácter, mediante la interposición de un universal, esto es, a partir de la aplicación al primero de algún criterio o máxima de experiencia de validez suficientemente acreditada, para extraer una conclusión fiable.

Así las cosas, dicho de la manera más simple, el itinerario de la adquisición de conocimiento en el marco procesal se iniciará en el escenario de los hechos, a partir de la verificación del resultado de una acción humana posiblemente criminal. La convencional "escena del crimen" será *interrogada* por el investigador policial o judicial para, en vista de la información que pudiera ofrecer, formular un primer intento de explicación de lo sucedido. Esta primera hipótesis de trabajo habrá de ser evaluada en su calidad, mediante la comprobación de su compatibilidad con los datos del contexto. De resultar realmente explicativa en un grado apreciable, y de contar con el soporte eficaz de elementos susceptibles de ser llevados al juicio como pruebas, gozará de la aptitud necesaria para, en un segundo momento, llegar a convertirse en acusación formal.

La hipótesis acusatoria, para merecer la condición de tal: a) será internamente coherente; b) gozará de sustento en pruebas fiables; c) no resultará desmentida por ninguna

7 En el sentido vigente durante mucho tiempo (y, a veces, aún ahora) de prueba, la testifical, en particular, dotada de la increíble virtualidad de poner al juzgador —por la sola observación de la actitud del declarante— *en contacto directo con los hechos*, mediante el uso exclusivo de los sentidos (del famoso "sexto sentido", se supone).

8 En efecto, pues la posible realidad de los hechos objeto de prueba siempre habrá de inferirse de los datos relacionados con ellos, eventualmente probatorios, aportados a la causa por alguno de los medios de acreditación puestos en juego.

prueba en contrario; d) dará razón de los elementos de hecho relevantes del supuesto; y e) será la única ciertamente plausible, porque si existiese otra que lo fuera también, más favorable al acusado, debería prevalecer.

En el proceso penal, la hipótesis es la imputación, que tendrá como contenido esencial una acción, un hecho jurídico-penalmente relevante, por eso "principal", como objeto central de la acusación. Pero en el trabajo con/sobre la prueba se opera también con hechos "secundarios", que tienen esta consideración por no ser subsumibles en un precepto penal, y cuyo valor proviene de la circunstancia de que, sin ser jurídicamente relevantes, sí podrán serlo lógicamente. Esto es, operar como premisas aptas para inferir o extraer de ellos conclusiones útiles para la determinación del hecho o hechos principales. El supuesto más obvio sería el del sujeto que, sin haber presenciado la ejecución del delito, por cualquier circunstancia, estuviera en condiciones de ofrecer información atendible, por ejemplo, acerca de la identidad del posible autor.

La hipótesis acusatoria estará normalmente dotada de cierta, a veces alta complejidad; lo que hará necesario parcelarla en sub-hipótesis. Por eso, en general, la convicción nunca se formará de una sola vez, sino a través de una secuencia probatoria, que producirá sucesivos estados de conocimiento, incluso con posibles avances y retrocesos.

La prueba acerca de los hechos puede ser directa o indirecta. Pero no en el tópico, inaceptable sentido tradicional aludido. Será del primer tipo, la que recaiga sobre el hecho principal; y del segundo, la que lo haga sobre otro hecho distinto, eventualmente apto para aportar datos relacionados con aquel. Por eso, la testifical, tradicional e incorrectamente tenida como la más característica prueba directa, en realidad, solo será tal cuando vierta sobre el hecho nuclear de la imputación (como la del testigo presencial), pero no en otro caso. Situados en el momento procesal del juicio, cabe que solo llegue a él la hipótesis acusatoria o que esta lo haga en concurrencia con alguna otra, alternativa. Aquí, por tanto, en todo caso, el trabajo versará sobre hipótesis ya elaboradas como tales, que el juzgador tendrá que evaluar en su calidad explicativa a partir del soporte probatorio de sustento con que cuente cada una de ellas.

Es por lo que el proceso y, en particular, el juicio, debe ser acusatorio y contradictorio. Esto es, promovido por quien —como víctima o perjudicado, o por el ministerio público por imperativo legal y siempre con base en una *notitia criminis*— formula la imputación⁹; y abierto en todas las fases al debate sobre esta, en condiciones de igualdad, ante un juez imparcial. Y contará con dos dimensiones: una jurídica, de garantía, relativa a derechos; y otra de método, epistémica, estrechamente interrelacionadas. La segunda es una dimensión tradicionalmente descuidada, pero fundamental, porque la indagación criminal, de no ser un instrumento hábil para la obtención de buen conocimiento, sería un puro ritual de castigo¹⁰.

Por eso, la sujeción a reglas de derecho, ideal y tendencialmente orientadas a evitar el gravísimo daño que podría producir sobre los investigados, en un momento en el que estos son (y podrían no dejar de ser) eso solo. De ahí que, precisamente, en el estado constitucional de derecho, tales reglas hayan accedido al alto rango de auténticos derechos fundamentales, algo significativo de que no deberán ceder ante consideración alguna de oportunidad. Lo que, muy lamentablemente, con frecuencia no ocurre. En consecuencia, el papel del juez o tribunal será también de doble vertiente. Es decir, tendrán que operar en el plano jurídico, como garantes de derechos, para preservar las posiciones parciales y asegurar la efectividad de la contradicción; pero, al mismo tiempo, con equidistancia, o sea, imparcialmente, como concedores racionales.

9 Aquí, imputar consiste en atribuir a alguien una acción posiblemente delictiva, que, como tal, ha de ser plausible y aparecer *prima facie* susceptible de comprobación. Así, la imputación será apta para proponer un tema de decisión a un sujeto institucional que habrá de pronunciarse al respecto.

10 Claro que, por desgracia, esta es una condición que difícilmente podrá dejar de acompañarle, pues en él concurre la aporía denunciada por Carnelutti, y es que, "no solamente hace sufrir a los hombres porque son culpables, sino también para saber si son culpables o inocentes". Francesco Carnelutti, *Las miserias del proceso penal*, trad. Santiago Sentis Melendo (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959), 75. Un dato ciertamente terrible, que deberá actuar sobre la conciencia profesional de jueces y fiscales, haciéndoles extremar su celo en el respeto y la observancia de las garantías de los justiciables y, muy en particular, en lo que se refiere al uso de la prisión preventiva, siempre en inevitable, insoluble conflicto con la presunción de inocencia.

En este punto, importa señalar que el principio de contradicción es presupuesto necesario de la imparcialidad, en el sentido de que esta, como atributo del juez, solo será real si las partes tienen todos sus derechos y posibilidades de actuar en la causa efectivamente reconocidos, que es lo que pondrá al juzgador *en su sitio*¹¹. Y es que el espacio escénico del proceso y del juicio no es elástico, por tanto, lo que ocupe de más alguno de los que (juez o parte) intervienen en él, será de menos para el otro contendiente.

La efectividad del principio de contradicción, considerado del modo que acaba de serlo, es garantía de la plenitud del conocimiento. En efecto, pues cada parte, a fin de hacer prevalecer su versión de lo sucedido, por su exclusivo personal interés, llevará al juicio todo aquello que le resulte de utilidad al respecto y, de este modo, el tribunal dispondrá de todo lo relevante para la decisión.

La presunción de inocencia, en cuanto principio central y estructural del proceso acusatorio y contradictorio, participa de la aludida doble naturaleza de este. Tiene, por tanto, una clara dimensión jurídica, de garantía de buen trato al imputado¹²; pero asimismo una consistente dimensión epistémica, de regla de juicio. Esto debido a que la condición constitucional de inocente que asiste a aquel, obliga al juzgador a operar con neutralidad en el punto de partida. Y esto, como escribe Iacoviello, no por ingenuidad, sino por una exigencia de método¹³. Muy plásticamente expresada por Calamandrei cuando reclama del juez que su conciencia, al hacer frente a la responsabilidad del juicio, sea una especie

de "página en blanco"¹⁴. Una observación de especial relevancia, más en una época como la actual, por el carácter invasivo y la omnipresencia de los medios de comunicación¹⁵.

La aludida doble dimensión del proceso tiene como consecuencia que, en ocasiones, la de carácter epistémico deba ceder ante la propiamente jurídica. Esto sucede cuando, en vista de la ilegitimidad constitucional de alguna actuación relevante (generalmente policial, aunque cabe también del ministerio público o judicial), gravemente lesiva de derechos¹⁶, producida en el desarrollo de la causa o en alguna actividad preprocesal, el estado —por una elemental razón de coherencia— renuncia a la persecución del delito de que se trate. Esto por la consideración elemental de que el ejercicio del *ius puniendi*, del "poder de juzgar, tan terrible para los hombres"¹⁷, deberá producirse en el más riguroso respeto de las reglas. Es lo que evitará que el modo de proceder estatal, como quería Kelsen, sea claramente diferenciable del propio de una "banda de ladrones"¹⁸. Lo que hará que lo mal hecho no pueda producir el mismo efecto que lo bien hecho. Y servirá para poner fin a prácticas institucionales odiosas, debidas a la falta de sensibilidad moral y de escrúpulos de algunos profesionales indeseables, que están en la base de los supuestos de referencia¹⁹.

14 Piero Calamandrei, *Proceso y democracia*, trad. Héctor Fix Zamudio (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960), 89.

15 Perfecto Andrés Ibáñez, "Medios de comunicación masiva y proceso penal", en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n.º 94 (2019): 128-140; y, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional* (Madrid: Trotta, 2015), 517-ss.

16 Las de mayor recurrencia estadística se concretan en la vulneración de los derechos al secreto de las comunicaciones y de la intimidad domiciliaria; también en la falta de respeto al derecho del imputado a guardar silencio y a no incriminarse. Generalmente se trata de intervenciones policiales que deberían ser tratadas como delitos, de modo que si esto no se hace es porque hay jueces y fiscales que no cumplen con su deber legal de impedirlos y perseguirlos, convirtiendo, así, en gravemente antijurídicas y éticamente intolerables sus propias actuaciones materialmente encubridoras.

17 Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, prólogo de Enrique Tierno Galván (Madrid: Tecnos, 1972), 152.

18 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979), 57.

19 Pues es bien obvio que, si estas se producen, es por la tolerancia cómplice de los jueces y tribunales que, por su posición en el proceso, podrían impedirlos y reprimirlas.

11 "Quien [como el juez] sostiene la balanza no puede moverse de su puesto sin que esta se incline para un lado", Jonas Daniel Meyer, *Spirito, origine e progressi delle istituzioni giudiziarie dei primi stati d'Europa*, trad. Marco Malagoli-Vecchi (Prato: Tipografia Aldina, 1839), 5: 156. Al respecto, es preciso señalar que la imparcialidad no es una suerte de virtud que el juez tenga por razón de la investidura o de carisma, sino el fruto de un esfuerzo que se nutre del respeto de las reglas procesales del juego y de la impregnación de una buena cultura constitucional de la jurisdicción. Dicho de otro modo, la imparcialidad no fluye espontánea, hay que *trabajarla* de una manera consciente.

12 Dimensión lamentablemente frustrada —no importa insistir— incluso en el mejor de los casos, por la forma en que el proceso grava a las personas sometidas a él. Algo, con frecuencia, debido en buena parte al modo de proceder, poco sensible a los principios, de los propios responsables de su tramitación.

13 Francesco Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en Casación*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez (Lima: Palestra, 2022), 174.

Salvo casos del género de los aludidos, en los que el interés en la persecución del delito cede ante exigencias de mayor relieve constitucional, hay que decir que, en una consideración global del proceso acusatorio y contradictorio, presidido por el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, este es netamente funcional a la obtención de una verdad de calidad. En efecto, porque la justicia penal solo podrá ponerse en movimiento en presencia de datos objetivables e intersubjetivamente valorables, realmente sugestivos de la existencia de un delito. Deberá proceder con tendencial objetividad en el tratamiento de los indicios; y asegurar un debate en pie de igualdad, como medio de obtención del conocimiento relevante para la decisión. Este último, como corresponde a su condición de saber empírico es conocimiento probable, inductivo y no deductivo. Lo propio de una clase de razonamiento en el que la conclusión no se sigue necesariamente de las premisas, de ahí la necesidad ineludible de justificar expresamente las resoluciones que afecten a derechos.

En esta perspectiva, la motivación de la sentencia opera como justificación *ex post*, es decir, de la decisión ya adoptada. Pero el deber de motivación, honestamente asumido como tal por el juzgador, tiene que operar *ex ante*, actuando como guía en el tratamiento de la prueba, a fin de que la evaluación del material probatorio se produzca siempre y solo *dentro de lo motivable*²⁰. Es el modo de evitar las fáciles caídas en el subjetivismo, perfectamente posibles en actividad tan personal como la de enjuiciar. De ahí la necesidad de una suerte de *desdoblamiento* en la actitud del que la ejerce, que deberá operar con una cierta distancia crítica de los propios juicios. "En realidad, escribir es enterarte de la historia que quieres contar, pues al tiempo que escribes eres el primer lector de tu libro", ha escrito Enrique Vila Matas²¹.

Así pues, aquel deberá asumir la elaboración de la sentencia como una actividad personal e indelegable. Diría que incluso *artesanal*,

en el sentido de que —a juicio personal— habrá de ser él mismo quien materialmente la escriba²², porque no hay control más eficaz de la calidad del propio razonamiento que el que resulta de someterlo a la prueba de la escritura,²³ para verificar *si la pluma corre o no corre* sobre el papel al tratar de plasmar la convicción, que, en rigor, solo si racionalmente formada, será susceptible de traducción en enunciados lingüísticos. En efecto, pues, normalmente, lo que el juzgador obtiene de la experiencia del juicio es lo más parecido a un cuadro impresionista, cuyo contenido habrá de matizar, tomando una cierta distancia respecto de estas primeras impresiones en un segundo momento de reflexión²⁴. Por otra parte, hay que subrayar que, a propósito de la actuación consistente en discurrir sobre la prueba y poner este discurso por escrito, no es que primero se piense y luego se escriba, sino que, en rigor, una y otra son actividades indiscernibles, integrantes del único y mismo proceso de elaboración intelectual.

Situados en este punto, es imprescindible detenerse en el examen del tópico modo de entender la inmediatez²⁵, de notable y lamentable vigencia en la experiencia de

22 En el caso de los órganos pluripersonales, deberá evitarse la delegación de la responsabilidad del juicio en el ponente, de modo que la decisión que este haya de redactar tras la deliberación, refleje la posición real de todos sus integrantes. En este punto, por cierto, es de la mayor importancia que las discrepancias de calado de alguno de ellos tengan el correspondiente reflejo expreso en un voto disidente, que, además de enriquecer el tratamiento del caso, será útil en la decisión sobre un eventual recurso.

23 Diré, por experiencia, que el uso del ordenador facilita en extremo esta parte sustancial del trabajo del juez, en cuanto le permite moverse por el texto, recorriéndolo de arriba abajo y de abajo arriba tantas veces como sea necesario, para realizar los imprescindibles ajustes. Un modo de operar que es, precisamente, el propio del proceder racional en el abordaje de cualquier problema. Es por lo que creo que el juez debería ser también un buen mecanógrafo, que es lo que le permitirá ser materialmente dueño del propio discurso.

24 Reflexión en clave analítica, primero, sobre los particulares elementos de prueba; para dar paso, luego, a una valoración de conjunto. Para ello, será de la máxima utilidad elaborar en la propia sentencia un *cuadro probatorio*, en el que se identifiquen —de forma esquemática, pero intelectualmente honesta y lo bastante expresiva— las fuentes de prueba y las distintas aportaciones, de uno y otro signo. Luego, en la motivación, se tratará de justificar el valor atribuido a cada una de estas y también los descartes.

25 Perfecto Andrés Ibáñez, "Sobre el valor de la inmediatez (una aproximación crítica)", en *Jueces para la democracia. Información y debate*, n.º 46 (2003): 57-66, ahora en *En torno a la jurisdicción* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007), 153 ss; *Tercero en discordia*, 272 ss.

20 "Porque no todo lo decidible es motivable" (Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en Casación*, 92).

21 Enrique Vila Matas, *El viento ligero de Parma* (Madrid: Sexto piso, 2008), 140.

los tribunales. Por su virtud —se afirma— en el juicio, en la práctica de las pruebas personales, se daría una suerte de momento místico, en el que el juez, como por iluminación, adquiriría la certeza de lo realmente acontecido en la realidad extraprocesal, antecedente del litigio objeto de la causa. En otros términos: la convicción tendría el carácter de un *algo* ocurrido en el psiquismo del juzgador, sería una suerte de inaprensible "estado animico", como puede leerse todavía en más de una sentencia.

Este modo de entender el asunto fue ya descalificado por Carrara como "juicio por impresión"²⁶, en cuanto fundado en una "convicción autocrática"²⁷, irracional y arbitraria, por tanto, como se ha dicho.²⁸ Con desconocimiento de que el abandono del régimen de prueba legal rectamente entendido —debido a la evidencia de que no hay regla de derecho capaz de producir por sí misma una verdad de carácter fáctico— remitía el proceso decisional a la epistemología. Esto es, al único modo de adquisición de conocimiento empírico, científica y socialmente acreditado: el representado por el método hipotético-deductivo²⁹, que es el que rige la actividad consistente en trabajar con hipótesis. También cuando el contenido de la de que se trate tenga por objeto el modo de ejecución de una acción criminal.

La inmediatez, es decir, el contacto directo con las fuentes de prueba, en contra de lo que a veces se afirma, no es un método, sino un medio, una técnica, cuyo resultado depende de la calidad del uso que se haga de ella. Por eso, siendo necesaria³⁰, no es suficiente, facilita, pero no resuelve. O, dicho de otro modo, no hace el trabajo del juez, como a veces, diría, parece sugerirse³¹.

En la materia hay que partir de un interrogante: ¿qué es lo que este percibe en el acto del juicio? La respuesta es sencilla: discursos, en clave verbal y gestualidad, o sea, lenguaje corporal, en clave visual. Y a tenor de esto se impone otra pregunta: ¿podrá el juez valorar la calidad de verdad de las afirmaciones de imputados y testigos, "lo oído", a través de "lo visto"? La respuesta solo puede ser ino! Esto, no porque el lenguaje corporal no transmita información sobre la actitud del sujeto, sino por la radical ambigüedad con que lo hace y por la incapacidad del juez para hacerle objeto de una lectura fiable³². Tanto es así que, extraer conclusiones a partir de él, resulta lo más parecido a un ejercicio de adivinación. De ahí que nada más absurdo y antijurisdiccional que atribuir a jueces y tribunales la peregrina condición de "polígrafos" o eficaces "detectores de mentiras", que, es obvio, nunca podrán justificar racionalmente su convicción, degradando así el enjuiciamiento a un mero incontrolable ejercicio de irracionalidad, arbitraria expresión de poder, carente de la legitimidad imprescindible.

26 Francesco Carrara, "El antiguo procedimiento penal de Luca", en *Opúsculos de derecho criminal*, trad. José J. Ortega y Jorge Guerrero, vol. II (Bogotá: Temis, 1976), 2:36 (cursiva en el original).

27 Carrara, "El antiguo procedimiento penal de Luca", 233.

28 Ha escrito Michele Taruffo que "la libertad de convicción [así entendida] resulta entonces sinónimo de discrecionalidad incontrolada, y la falta de criterios racionales abre el camino al subjetivismo de la intuición irracional como instrumento para la formación del juicio de hecho. En consecuencia, la valoración de las pruebas es sustraída al dominio de cualquier racionalidad lógica, científica o de sentido común, y se sitúa en un espacio ideal en el que el único criterio de juicio es la falta de criterios". Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán (Madrid: Trotta, 2002), 398.

29 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Rocío Cantarero, Alfonso Ruiz Miguel y Juan Terradillos (Madrid: Trotta, 2018), 10:139.

30 Esencialmente porque propicia la concentración de la actividad probatoria y el juego de la interacción, esto es, la contradicción entre las partes y la viva confrontación de las posiciones parciales.

31 Recuerdo la actitud del fiscal en un juicio oral particularmente complejo cuando, en su informe, en vez de exponer matizadamente al tribunal su versión de los hechos, a tenor de la prueba producida, limitó su intervención en la materia diciendo: "en cuanto a los hechos, me remito a la inmediatez del tribunal".

32 "La comunicación humana es extremadamente compleja —no tiene reglas fijas y simples— y en ausencia de tales reglas, sé que yo, como tantas otras personas, tendré una tendencia a ver solamente lo que quiero ver y prestar atención a lo que considero conveniente saber", escribe Flora Davis, en *La comunicación no verbal*, trad. Lita Mourgliaer (Madrid: Alianza Editorial, 2006), 358. Paul Ekman, ha escrito al respecto: "Valorar indicios comportamentales es arriesgado [...] Hay que considerar siempre la posibilidad de que un signo de emoción no sea indicio de mentira sino de los sentimientos del inocente frente a sospechas injustas". Paul Ekman, *I vulti della menzogna. Gli indizi dell'inganno nei rapporti interpersonali*, trad. Gabriele Noferi (Milán: Giunti Editore, 1995), 141-142. Conviene tener en cuenta que ambos autores se expresan pensando en las dificultades y los riesgos que acechan al especialista: ¡qué dirían tratándose del que no lo es en absoluto y puede imponer penas a partir de apreciaciones de esa índole!

Como se ha señalado, el lenguaje gestual, las actitudes de imputados y testigos en el acto de declarar, serán, sin duda, expresivas, pero no para el juez, que deberá abstenerse de conducir su actividad cognoscitiva por vía tan peligrosa por insegura, sino para las partes, que sí habrán de internarse en ella con plena legitimidad, para practicar con eficacia sus interrogatorios. En efecto, pues, por ejemplo, la vacilación del interpelado al responder, que el juez no estará en condiciones de descifrar, será, en cambio, muy útil para el fiscal o el abogado de la defensa, como indicador de que podrían haber entrado en una zona sensible, a fin de profundizar en ella.

De la testifical se dice a veces, con notable impropiedad, que es una prueba fácil. Pero nada más incierto. Algo hoy bien patente a partir de las aportaciones de la moderna psicología del testimonio³³, que, lamentablemente, no acaban de penetrar en la cultura de los operadores judiciales y jurídicos, en general.

En lo que antecede, se ha hablado del juez, como si realmente fuera el único destinatario de las precedentes consideraciones. Pero estas son necesariamente aplicables también al fiscal como actor imprescindible del proceso penal. El fiscal, como el juez, deberá operar en la doble aludida calidad de jurista (riguroso observante de todas las garantías) y de conocedor racional. Único modo de evitar la arbitrariedad en sus actuaciones, ciertamente peligrosa cuando se produce, porque fácilmente podría contagiar a las propiamente jurisdiccionales.

Y es que el fiscal, como agente de la legalidad, está constitucionalmente obligado a hacerla brillar en sus intervenciones. Y otro tanto ocurre con la racionalidad en el modo de operar en el tratamiento del material probatorio. Por eso, su contribución a la calidad del enjuiciamiento será rigurosamente esencial en ambas perspectivas.

La observancia de las garantías, en la doble vertiente reiteradamente aludida, mira, es obvio, a preservar los derechos constitucionales del imputado, muy fácilmente vulnerables por una actividad tan incisiva como la propia de la aplicación del *ius puniendi*. Pero no solo, porque — como escribiera lúcidamente Benjamin Constant— dotarlas de efectividad es, para jueces y fiscales, la única forma de "respetarse a sí mismos"³⁴, imprimiendo a su desempeño profesional la dignidad imprescindible. Por eso, la vulneración del régimen de las garantías procesales, no solo perjudica a los sujetos afectados, también degrada a la condición de malos profesionales a sus responsables, jueces o fiscales.

³³ En la literatura en castellano pueden consultarse con provecho, entre otros: Giuliana Mazzoni, *Psicología del testimonio*, trad. Amparo Moreno (Madrid: Trotta, 2019); *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, trad. José Manuel Revuelta (Madrid: Trotta, 2010); Margarita Diges, *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense* (Madrid: Trotta, 2016); Elizabeth Loftus y Katherine Ketcham, *Juicio a la memoria. Testigos presenciales y falsos culpables*, trad. de Concha Cardeñoso Sáenz de Miera y Francisco López Martín (Barcelona: Alba Editorial, 2010).

³⁴ Benjamin Constant, *Curso de política constitucional*, trad. Marcial Antonio López (Madrid: Imprenta de la Compañía, 1820), 1:252.

Bibliografía

- Calamandrei, Piero. *Proceso y democracia*. Traducido por Héctor Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.
- Carnelutti, Francesco. *Diritto e proceso*. Nápoles: Morano, 1958.
- . *Las miserias del proceso penal*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.
- Carrara, Francesco. "El antiguo procedimiento penal de Luca". En *Opúsculos de derecho criminal*. Traducido por José J. Ortega y Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1976.
- Constant, Benjamin. *Curso de política constitucional*. 2 volúmenes. Traducido por Marcial Antonio López. Madrid: Imprenta de la Compañía, 1820.
- Cordero, Franco. *Riti e sapienza del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1981.
- Davis, Flora. *La comunicación no verbal*. Traducido por Lita Mourgliaer. Madrid: Alianza Editorial, 2006.
- Diges, Margarita. *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*. Madrid: Trotta, 2016.
- Ekman, Paul. *I volti della menzogna. Gli indizi dell'inganno nei rapporti interpersonali*. Traducido por Gabriele Noferi. Milán: Giunti Editore, 1995.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 10 volúmenes. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Rocío Cantarero, Alfonso Ruiz Miguel y Juan Terradillos. Madrid: Trotta, 2018.
- Iacoviello, Francesco. *La motivación de la sentencia penal y su control en Casación*. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez. Lima: Palestra, 2022.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. "Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)". En *Jueces para la democracia. Información y debate*, n.º 46 (2003): 57-66.
- . *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007.
- . *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*. Madrid: Trotta, 2015.
- . "Medios de comunicación masiva y proceso penal". En *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n.º 94 (2019): 128-140.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Traducido por Roberto J. Vernengo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

Loftus, Elizabeth y Katherine Ketcham. *Juicio a la memoria. Testigos presenciales y falsos culpables*. Traducido por Concha Cardeñoso Sáenz de Miera y Francisco López Martín. Barcelona: Alba Editorial, 2010.

Mazzoni, Giuliana. *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducido por José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010.

———. *Psicología del testimonio*. Traducido por Amparo Moreno. Madrid: Trotta, 2019.

Meyer, Jonas Daniel. *Spirito, origine e progressi delle istituzioni giudiziarie dei primeri stati d'Europa*. 5 vols. Traducido por Marco Malagoli-Vecchi. Prato: Tipografia Aldina, 1839.

Muerza Esparza, Julio J., Rafael Hinojosa Segovia, Sara Aragonese Martínez, Andrés de la Oliva Santos. *Derecho procesal penal*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2004.

Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. Traducido por Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Prólogo de Enrique Tierno Galván. Madrid: Tecnos, 1972.

Pardo Bazán, Emilia. *La sirena negra*. Barcelona: Bruguera, 1981.

Sentís Melendo, Santiago. *Derecho y proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducido por Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.

Vila Matas, Enrique. *El viento ligero de Parma*. Madrid: Sexto piso, 2008.

Zoraida García Castillo¹

LA PRUEBA Y SU VALORACIÓN

EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO,
CON ESPECIAL REFERENCIA A LA
PRUEBA PERICIAL

1. Introducción

A nivel latinoamericano, el derecho probatorio ha tenido un vertiginoso desarrollo en los últimos tiempos. Esto es así en virtud de la implantación del sistema penal acusatorio en la región, que ha planteado múltiples retos metodológicos al quehacer judicial. Entre estos retos, el mundo judicial se enfrentó a otras formas de ver a la prueba, de admitirla, valorarla y correlacionarla con otros elementos probatorios, para argumentar sobre sus decisiones. Además, la pericial dejó de tener fórmulas de presentación estandarizadas y tasadas, para migrar a su apreciación libre y lógica. ¿Cómo valorar estos tipos de prueba sin la participación activa de la ciencia y la técnica en colaboración con el derecho?

Este artículo se plantea como propósito abordar el análisis de los principios probatorios que rigen al sistema de justicia penal acusatorio, la interpretación del concepto de sana crítica, su problematización en relación con la prueba pericial, para terminar con una reflexión sobre los retos para contar con estándares de prueba, que garanticen a los justiciables el principio de seguridad jurídica.

¹ Directora de la Escuela Nacional de Ciencias Forenses, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

2. La implantación del sistema penal acusatorio y sus nuevos paradigmas de prueba

La relativamente reciente introducción del sistema de justicia penal acusatorio en los países latinoamericanos ha significado un cambio de paradigmas en el quehacer investigativo y judicial. Una de esas grandes mutaciones ha sido el papel de la prueba, su admisión y valoración, desde la persecución hasta el dictado de la sentencia y ejecución.

Los cambios en términos de prueba radicarón en la introducción de los principios de libertad probatoria y de libertad para valorar la prueba, ambos acotados por la sana crítica, como baremo de racionalidad. Es decir, las partes pueden proponer todo tipo de prueba y los jueces deben valorarla con libertad, sin que la ley prevea un peso específico previo, por lo que el juzgador debe ceñirse a la racionalidad implícita en los principios que rigen a la sana crítica.

Los principios de la sana crítica se encuentran definidos a partir de la legislación española y de la generalizada aceptación que ha tenido por las legislaciones del *civil law*. La idea básica, explica Michele Taruffo², es que la valoración libre y lógica conduzca al juzgador a descubrir la verdad empírica de los hechos objeto de litigio, sobre la base cognitiva y racional que ofrecen los medios de prueba disponibles.

“La sana crítica representa un punto equidistante entre las rígidas reglas de tasación y la plena libertad de apreciación de la prueba del sistema de íntima convicción”. Así lo explica Iván Aarón Zeferín³ –rescatando la idea de Taruffo– al señalar que en ese punto se crea un vacío de la forma en que se sustentará esa libertad motivada, en la que se sostiene que deben seguirse las reglas del pensamiento lógico.

Sin embargo, decir que la prueba debe valorarse con libertad y lógicamente no es un estándar muy claro, como lo eran los estándares legales que regían en el sistema de valoración probatorio tasado, propio del inquisitivo. A los jueces actuales se les planteó el reto de valorar bajo un estándar incierto, dificultad que impacta en sus resoluciones y en afectación a los justiciables.

Durante la vigencia de este nuevo sistema, los juzgados federales mexicanos han venido delimitando lo que significa valorar la prueba libre y lógicamente. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que el

² Michele Taruffo, La prueba (Madrid: Marcial Pons, Cuadernos de Filosofía y Derecho, 2008), 135.

³ Iván Aarón Zeferín Hernández, La prueba libre y lógica. Sistema penal acusatorio mexicano (México: Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, 2016), 134.

punto total de la valoración probatoria en el actual sistema es “la justificación objetiva que el juzgador efectúe en la sentencia en torno al alcance y valor probatorio que confiera a la prueba para motivar su decisión”⁴.

Los juzgadores federales mexicanos han retomado el concepto de sana crítica para explicar cómo debe valorarse la prueba bajo los principios de la libertad y la lógica. La sana crítica comprende a los principios de la lógica, las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos. La tesis aislada que en adelante se transcribe en lo conducente, desglosa lo que se ha interpretado del alcance de estos conceptos:

[...] la valoración de las pruebas por parte del Juez deba ser libre, pero sólo en cuanto a no estar sujeta a reglas preestablecidas en la norma, ya que tratándose del fallo pronunciado en audiencia de juicio oral, la debida determinación del grado de corroboración que aportan cada uno de los elementos de juicio incorporados a dicha audiencia, así como de manera conjunta, a las hipótesis fácticas en conflicto, se encuentra limitada por las reglas de la sana crítica, esto es, en función de lo ordenado por las que correspondan a la lógica, las máximas de la experiencia, así como los conocimientos científicos. Verbigracia, si el decisor asevera que un determinado testimonio aporta un grado de corroboración mínimo a la hipótesis de la defensa conforme a las “reglas de la lógica”, esa estimación, necesariamente, debe estar acompañada de la mención de la regla de la lógica en específico que la soporte, por ejemplo, atento al principio de identidad, de no contradicción, del tercero excluido, o bien, de razón suficiente. En cambio, si el juzgador expresa que un determinado elemento de juicio aporta un nivel de confirmación elevado a la hipótesis de la Fiscalía al tenor de “las máximas de la experiencia”, aquél deberá expresar a qué máxima en concreto se refiere, para lo cual deberá echar mano de la doctrina del razonamiento probatorio, a fin de descartar que dicha máxima en realidad constituya una simple convención social llena de prejuicios. Asimismo, a manera ejemplificativa, si el Juez se decanta por asignar un determinado valor probatorio a un testimonio respecto de la teoría del caso de la Fiscalía conforme a “los conocimientos científicos”, desde luego que esa referencia deberá estar acompañada de la expresión de la rama científica en particular que

respalda esa perspectiva... Así, la valoración que se encuentre carente de la argumentación del cómo una determinada regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico sustenta esa apreciación, se equipara a una suerte de íntima convicción disfrazada de racional, pues en ese contexto se elimina la posibilidad de controlarla en instancias posteriores.⁵

Una “posición crítica” de la sana crítica la postula Juan Igartua cuando señala que no se trata de un compendio de múltiples saberes, que no debe entenderse como un concepto fijo, sino que se renueva constantemente. La sana crítica ofrece pautas para juzgar críticamente. Así como no existe una racionalidad ahistórica e inmutable, tampoco hay un depósito invariable de reglas de la sana crítica, sino un flujo cada vez más caudaloso y diversificado de ellas. La corrección de un razonamiento probatorio no solo es cuestión de forma, sino también de contenido, es decir, no solo es cuestión de lógica, sino de informaciones y conocimientos⁶.

El juicio comienza con la presentación de una teoría del caso que se integra ya con elementos fácticos, jurídicos y de prueba⁷. Se integra de proposiciones fácticas que tienen que ser probadas estratégicamente para devenir en conclusiones jurídicas contundentes. De esta manera, se forma un silogismo en que la premisa mayor es la proposición fáctica, la menor es la acreditación que se le da a través de la prueba, y la conclusión es el elemento jurídico acreditado.

⁵ México Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, Tesis: II Región, 1º 2 P, 11ª, 04 de febrero de 2022, Reg. 2024143, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024143>.

⁶ Juan Igartua Salaverria, Indicios, duda razonable, prueba científica. (Perspectivas sobre la prueba en el proceso penal) (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 98-100.

⁷ Se debe recordar la diferencia entre datos, medios o elementos de prueba y prueba. La investigación conlleva al hallazgo, acopio, identificación, traslado y procesamiento de evidencias, que son indicios que conforman los datos de prueba, los cuales producen medios o elementos de prueba que han de ser desahogados bajo la tutela de los principios de inmediación y contradicción en momentos posteriores a la investigación, para producir prueba en la etapa de juicio. José Daniel Hidalgo Murillo, Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal (México: Porrúa, 2010), 214 y 215. Esta diferencia conceptual es trascendente en el sistema acusatorio porque la prueba se constituye una vez que se ha podido contradecir en juicio y no desde la etapa de investigación, en que tan sólo se pueden recabar datos que aporta la Policía al Ministerio Público, quien con ellos integra medios o elementos para llevar a la contradicción en juicio.

⁴ México Suprema Corte de Justicia, Tesis: 1ª LXXIV/2019, 10ª, 23 de agosto de 2019, Reg. 2020480, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2020480>.

Las proposiciones fácticas pueden ser *débiles o fuertes* en la medida en que satisfacen el elemento legal para el que fueron ofrecidas, lo que no tiene que ver necesariamente con que se tenga prueba para acreditarla. La debilidad de la proposición, entonces, tiene que ver con su ineptitud para satisfacer el elemento legal para el que fue ofrecida⁸. De cualquier manera, la integración del silogismo es posible mediante la prueba, que tiene que ser la adecuada para acreditar precisamente cada proposición fáctica.

Como ya se ha apuntado, el sistema acusatorio admite todo medio que pueda producir convicción, siempre que se cumpla con los requisitos generales de la prueba (pertinencia, relevancia, licitud, que esté incluida en el auto de apertura, etc.)⁹. En tanto este sistema establece la regla de valoración libre de la prueba, los hechos pueden probarse por cualquier medio sin que ninguno tenga credibilidad preconcebida ni peso probatorio más allá del que se desprenda de su desahogo en el juicio. El sistema de libre valoración de la prueba, sin embargo, no significa arbitrariedad ni en su admisión ni en su valoración; por el contrario, exige mayores parámetros de motivación en la sentencia y de explicación por parte del juez, sobre la forma en que se valoró la prueba presentada y desahogada en juicio.

El contenido de cada proposición fáctica es el que determina la prueba a desahogar para su acreditación. Esta determinación es estratégica, pues la posibilidad de probar no depende de la prueba por sí sola, sino de la exposición que las partes hagan de ella y los alcances de demostración que le den.

Además, se asume que el conocimiento empírico en el derecho es primordialmente inferencial inductivo y, por ello, se considera que este sistema, en tanto basado en la libre valoración y la sana crítica, es el idóneo para hacer más fiable el conocimiento objetivo por medio del proceso penal.

⁸ Para evaluar la calidad de una proposición fáctica se necesita de una "prueba de superposición": "mientras más esté mi contraparte en condiciones de superponer a esa misma proposición fáctica otra interpretación al menos igualmente razonable y creíble de los hechos, más débil es ella." Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Litigación penal. Juicio oral y prueba* (México: FCE, INACIPE, 2009), 90-91.

⁹ *Ibid.*, 51.

3. El papel de la prueba pericial y los retos de su valoración

Ahora bien ¿cómo se han de aplicar las reglas de la sana crítica para valorar la prueba pericial, específicamente? Los tribunales mexicanos han emitido lineamientos mediante tesis aislada en que describen los elementos epistémicos a tener en cuenta en tan enorme reto judicial. La tesis señala lo siguiente:

El juzgador debe emprender un examen racional acerca de la actividad desarrollada por el perito, especialmente, en torno a las inferencias en que se sustente su informe pericial; en concreto, al valorar esa prueba deberá verificar si de la opinión experta verbalizada en juicio oral, detonada a partir de los respectivos interrogatorio y contrainterrogatorio, así como de las propias preguntas aclaratorias de ese Juez, se obtiene, entre otros elementos:

La referencia a la aplicación previa de las técnicas o teorías que utilizó el perito para extraer los datos o conclusiones plasmadas en el informe correspondiente, su relevancia, así como su aceptación por la comunidad científica internacional (o nacional);

La descripción pormenorizada del procedimiento de análisis que llevó a cabo el perito, así como de los instrumentos especializados que ocupó para esa finalidad;

La explicación relativa al porqué las técnicas utilizadas fueron aplicadas según los estándares y normas de calidad vigentes;

La precisión sobre el grado de error, así como el de nivel de variabilidad o incertidumbre de los datos obtenidos a través del empleo de la respectiva técnica o teoría utilizada;

El respaldo de las conclusiones relativas, en específico, en datos empíricos adecuados, esto es, que la recogida de muestras o evidencias fue realizada adecuadamente, lo cual puede sustentarse a través de fotografías, estudios o diagramas, es decir, con ayuda de pruebas materiales; además de que, en este punto, deberá informar el experto el tiempo en que fueron desarrollados los exámenes correspondientes, quiénes intervinieron, el tiempo que medió entre el evento y la práctica del estudio relativo; aunado a que también deberá dar noticia precisa acerca de la información que le fue proporcionada para esa finalidad; esto último, con el objetivo de que

se examine si el experto incurrió o no en un sesgo cognoscitivo;

La congruencia interna de la exposición del experto, así como su razonabilidad;

El contraste entre los dictámenes explicados en juicio; y,

Finalmente, el operador jurídico debe someter a un ejercicio de confrontación el resultado de las opiniones periciales con otras pruebas;

[...] en la inteligencia de que dichos criterios son de carácter enunciativo, mas no limitativo, dado que lo relevante es que el resolutor no traslade la motivación de los hechos al perito, esto es, que no acepte acriticamente sus conclusiones por la aureola de cientificidad con que ese experto verbaliza su opinión, sino que, en cambio, escudriñe racionalmente las inferencias sustentadas por éste, a fin de determinar el grado de confirmación que debe asignarle a ese elemento de prueba en función de las hipótesis fácticas en conflicto.¹⁰

Esta serie de criterios se encuentran inspirados en otros que han venido planteando propuestas de entendimiento de los alcances de los criterios de la sana crítica, específicamente, en lo que hace a la prueba pericial, que tiene como característica que versa sobre áreas de conocimiento fuera del alcance de los juzgadores, por lo que ellos requieren de elementos epistémicos adicionales para su comprensión y valoración. La tesis transcrita incluye los muy conocidos criterios Daubert¹¹, cuando habla sobre la

¹⁰ México Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, Tesis: II Región, 10.6 P. 11a, 04 de febrero de 2022, Reg. 2024155, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024155>.

¹¹ En el caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), dos menores y sus padres alegaron que los niños sufrieron serios defectos de nacimiento ocasionados por la ingestión prenatal del medicamento Bendectin. La Corte de Distrito negó la petición basada en las buenas credenciales de los expertos y en una extensa revisión de literatura científica que concluía que el uso del medicamento no mostraba riesgo en defectos de nacimiento. Los demandantes presentaron la opinión contraria de otros expertos también acreditados, pero que exponían conclusiones contrarias basadas en análisis inéditos. La Corte de Apelación negó la admisión de su demanda por inconducente, bajo la regla de que la opinión experta basada en una técnica científica no es admisible a menos que la técnica esté generalmente aceptada en la comunidad científica. Se desglosaron los siguientes elementos a tener en cuenta para la admisión de la prueba científica: a) Controlabilidad y falsificabilidad de la teoría científica en que se funda la prueba; b) Determinación de la probabilidad de error relativa a la técnica empleada; c) Existencia de un control ejercitado por otros expertos; d) Existencia de un consenso general en la comunidad

aceptación de la comunidad científica y la precisión del grado de error; también recurre a conceptos básicos de la argumentación jurídica como es la congruencia interna de la exposición del experto¹² y sugerencias inherentes al debido proceso legal, como es el someter a un ejercicio de confrontación el resultado de las periciales entre sí y con otras pruebas en juicio.

Además, en esta gama de elementos de análisis existen aquellos que la tesis llama "el respaldo de las conclusiones relativas", es decir, datos empíricos adecuados, si la recogida de muestras o evidencias fue realizada adecuadamente, el tiempo en que fueron desarrollados los exámenes correspondientes, quiénes intervinieron, el tiempo que medió entre el evento y la práctica del estudio relativo, etc. Igualmente, hace referencia a la descripción pormenorizada del procedimiento de análisis. Sin embargo, ¿el juzgador es capaz de evaluar si los datos sobre la técnica, teoría y procedimientos que el perito le proporciona hacen confiable a la prueba pericial? Para esos casos, se han propuesto y publicado desde la Universidad Nacional Autónoma de México, con un grupo integrado por jueces federales y locales, así como con evaluación por peritos a nivel nacional, unas Guías para la valoración judicial de la prueba pericial¹³, que,

científica a que se refiere. U.S. Supreme Court, "Sentencia de 28 de junio de 1993", *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579, 28 de junio de 1993, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/>.

¹² De acuerdo con las teorías de la argumentación jurídica, como un discurso racional, las decisiones jurídicas tienen una justificación interna y otra externa, que implican la existencia de dos tipos de reglas y formas del discurso jurídico. La justificación interna implica que en la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal, seguida de otras proposiciones. En los casos complicados en los que no cabe efectuar directamente la inferencia deductiva, hay que acudir a una forma más general de justificación interna que establezca diversos pasos de desarrollo, de manera que la aplicación de la norma al caso no sea discutible. Para ello hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo. La justificación externa se refiere a la justificación de las premisas a través del derecho positivo, los enunciados empíricos y reformulaciones de normas. Manuel Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (México: UNAM, IJ, 2004), 172.

¹³ Consejo de la Judicatura Federal, *Guías para la valoración de la prueba pericial Genética, Toxicología, Lofoscopia y Análisis de voz* (México: UBIJUS, 2022), <https://www.cjf.gob.mx/PJD/guias/Default.aspx>; y *Guías para la valoración judicial de la prueba pericial en Identificación Humana, Odontología Forense, Psicología forense, Análisis de Video digital, Balística, Medicina Forense y Criminalística de Campo* (México: UBIJUS, 2022), <https://www.cjf.gob.mx/PJD/guias/Default.aspx>.

precisamente, dotan al juzgador de elementos técnicos mínimos a tener en cuenta para evaluar la prueba en el ámbito técnico científico.

Es la primera ocasión en que se elaboran y publican Guías desde la ciencia, dirigidas a los juzgadores, para que tengan elementos técnicos y científicos para la comprensión de la prueba pericial en su contenido y alcances, y cuenten con elementos para juzgar su confiabilidad. Lo interesante es saber si este tipo de lineamientos realmente se siguen en las sentencias que se dictan en el contexto del vigente sistema penal acusatorio. Estamos andando este camino.

4. ¿Existen estándares de prueba en el actual sistema acusatorio?

En el sistema penal acusatorio, en tanto rige el principio de libertad en la valoración de la prueba, quedaron atrás los estándares de prueba tasados por la ley, que daban certeza al juzgador sobre qué fórmulas emplear para poder tomar decisiones a lo largo del proceso sobre la base de tener o no por probados ciertos hechos. Esa certeza se traduce en el contenido del principio de seguridad jurídica que tanta paz da a los justiciables.

Con el cambio hacia el sistema penal acusatorio, una de las grandes preguntas ha sido si se debe contar con estándares de prueba y cómo determinarlos. La respuesta se puede adelantar señalando que sí es preciso contar con este tipo de reglas, cuya función es distribuir el riesgo de error en la decisión judicial, en aras de dar certeza a las partes sobre el grado de convencimiento sobre los hechos que debe alcanzar el juzgador en la motivación de sus decisiones. En el proceso penal se toman decisiones para girar órdenes de aprehensión, aprobar medidas de investigación vulneratorias de derechos fundamentales, vincular a proceso, abrir el juicio oral y condenar o absolver de la comisión del delito, entre otras. El juzgador requiere de distintos estándares de prueba para tomar estas decisiones, que alcanzan diversos grados de gravedad para los justiciables.

El juez Zeferín¹⁴ señala que los estándares de prueba en el proceso penal acusatorio se inspiran en la ley y en "la interpretación armónica del sistema penal acusatorio". Basado en esa dicotomía, él plantea varias fórmulas para integrar los estándares de prueba en diversos momentos procesales, en que les otorga valores del 0 al 10, y en que el número mínimo es el nivel más bajo de exigencia probatoria, como las conjeturas y determinaciones irracionales, y el máximo es la verdad material o histórica. No obstante, los estándares de prueba cuantitativos no han tenido mucho éxito en el razonamiento justificativo del juzgador, pues la atribución del valor numérico termina siempre cayendo en subjetividades.

En tanto el estándar de prueba puede ser entendido como el criterio que señale el grado de justificación de la hipótesis para tenerla por aceptada, es decir, para tomarla como guía para la decisión judicial, es necesario distinguir entre las acepciones "creer" y "aceptar"¹⁵. Según González Lagier, las *razones para creer* son las mismas que se usan para reducir el error y son las indicadas por los criterios de valoración de la prueba; mientras que las *razones para aceptar* son las razones de segundo nivel para considerar suficiente el grado de certeza o justificación alcanzado. Un estándar de prueba satisfactorio debería determinar si el grado de confirmación de una hipótesis es suficiente para aceptarla, sin apelar a estados mentales, debe ser preciso y enfrentarse al problema de qué grado de confirmación es.

Jordi Ferrer¹⁶ sugiere tres requisitos para formular un estándar de prueba, indispensable en un sistema como el acusatorio, que requiere de la justificación de las decisiones sobre los hechos. Estos son:

Apelar a criterios objetivos relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las conclusiones que se establezcan.

¹⁴ Zeferín Hernández, La prueba libre y lógica. Sistema penal acusatorio mexicano, 161 y ss.

¹⁵ Daniel González Lagier, "¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba", Revista de Filosofía del Derecho, n.º 23 (2020): 90.

¹⁶ Jordi Ferrer, Prueba y Racionalidad de las Decisiones Judiciales (México: CEJI, 2019), 257-258.

Los criterios que se utilicen deben establecer un umbral lo más preciso posible, a partir del cual una hipótesis fáctica pueda corroborarse suficientemente para tener por probada la decisión que deba tomarse.

En tanto la estructura del razonamiento probatorio está dada por la probabilidad lógica o inductiva, no matemática, el umbral de suficiencia probatoria no puede establecerse mediante números, por lo que los estándares de prueba no pueden ser cuantitativos, sino cualitativos.

En esto último, coinciden González Lagier y Ferrer, si bien el primero es dudoso de que se puedan "definir" objetivamente los estándares de prueba, ambos coinciden que en todo caso su naturaleza es cualitativa, por lo que subsiste el problema de su definición, misma que los juzgadores van bordando día con día en su práctica judicial.

5. Conclusiones

En el sistema penal acusatorio han sucedido importantes cambios en materia de prueba, radicados en los principios de libertad probatoria y de libre valoración de la prueba. Para obtener parámetros objetivos de prueba en la toma de decisiones, ha sido necesario recurrir al concepto de estándar de prueba y configurarlo sobre la base de la lógica inductiva que rige a la prueba en general.

Ahora bien, tratándose de prueba pericial, el reto es significativamente especial. Se trata de pruebas cuyo contenido sale del conocimiento general del juzgador, pero al cual debe enfrentarse sí o sí en los juicios. Las preguntas a responder en este contexto son ¿cómo definir objetivamente los estándares de prueba en el sistema penal acusatorio? ¿cómo definir la forma de valorar la prueba pericial con sus especiales particularidades y luego insertarla en el acervo probatorio de forma racional y armoniosa?

Estos retos los están resolviendo nuestros juzgadores día con día y caso a caso. Hará falta adentrarse en sus resoluciones para descubrir si han podido superar el reto de razonar en lo probatorio más allá de las formas que el sistema inquisitivo nos dejó como costumbre.

Bibliografía

- Atienza, Manuel. Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica. México: UNAM, IJ, 2004.
- Baytelman, Andrés y Mauricio Duce. Litigación penal. Juicio oral y prueba. México: FCE, INACIPE, 2009.
- Consejo de la Judicatura Federal. Guías para la valoración judicial de la prueba pericial en Identificación Humana, Odontología Forense, Psicología forense, Análisis de Video digital, Balística, Medicina Forense y Criminalística de Campo. México: UBIJUS, 2022. <https://www.cjf.gob.mx/PJD/guias/Default.aspx>
- . Guías para la valoración de la prueba pericial Genética, Toxicología, Lofoscopia y Análisis de voz. México: UBIJUS, 2022. <https://www.cjf.gob.mx/PJD/guias/Default.aspx>
- Ferrer, Jordi. Prueba y Racionalidad de las Decisiones Judiciales. México: CEJI, 2019.
- González Lagier, Daniel. "¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba". *Revista de Filosofía del Derecho*, n.º 23 (2020): 79-97.
- Hidalgo Murillo, José Daniel. Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal. México: Porrúa, 2010.
- Igartua Salaverria, Juan. Indicios, duda razonable, prueba científica. (Perspectivas sobre la prueba en el proceso penal). Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- México Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Segunda Región. Tesis: II Región, 1º 2 P, 11ª. 04 de febrero de 2022, Reg. 2024143. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024143>.
- . Tesis: II Región, 10.6 P, 11ª. 04 de febrero de 2022, Reg. 2024155. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024155>.
- México Suprema Corte de Justicia. Tesis: 1ª LXXIV/2019, 10ª. 23 de agosto de 2019, Reg. 2020480. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2020480>.
- Taruffo, Michele. La prueba. Madrid: Marcial Pons, Cuadernos de Filosofía y Derecho, 2008.
- U.S. Supreme Court. "Sentencia de 28 de junio de 1993". *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579. 28 de junio de 1993. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/>.
- Zeferín Hernández, Iván Aarón. La prueba libre y lógica. Sistema penal acusatorio mexicano. México: Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, 2016.

¿RECONOCIMIENTOS PERSONALES EN EL JUICIO ORAL?

UNA APROXIMACIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

1. Introducción

La identificación del reo² es una de las tareas imprescindibles para la investigación penal, especialmente, cuando este es un desconocido para la víctima de un delito. A tales efectos, los ordenamientos jurídicos disponen de determinadas prácticas encaminadas a su filiación: los reconocimientos personales. Los principales son dos, a saber, el fotográfico y la rueda de reconocimiento (disciplinado, por ejemplo, en los artículos 369 a 371 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española –LECrím, en adelante–). En ambos casos, se solicita a un testigo³ que trate de reconocer al autor de los hechos, a partir de una serie de fotografías o de entre un conjunto de personas, respectivamente.

¹ Doctor en Derecho. Investigador postdoctoral Margarita Salas. Universitat de Barcelona-Universitat de Girona. Dirección: Campus Montilivi, Carrer Universitat de Girona, 12, Despacho D-50, 17003 Girona, España. Correo electrónico: mjuliapijoan@gmail.com Orcid: 0000-0001-6032-3694.

Trabajo realizado en el marco de la ayuda Margarita Salas convocada por la Universitat de Barcelona, con la financiación del Ministerio de Universidades, la Unión Europea -Next Generation EU- y el Plan de recuperación, transformación y resiliencia.

² Entendiendo "reo" como la denominación más neutra con la que se puede referir al sujeto pasivo del proceso. Jordi Nieva Fenoll, *Derecho Procesal III. Proceso Penal* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022), 142-144.

³ Cumple efectuar una precisión conceptual. En este trabajo, utilizaré esta noción (testigo) tanto para el testigo presencial de los hechos como para referirme a la víctima de los mismos.

En los últimos años, estos reconocimientos han sido examinados bajo la mirada de la psicología del testimonio, que ha subrayado –entre otros particulares– la maleabilidad de la memoria. A decir de los avances en esta disciplina, la memoria no opera cual grabadora de todo aquello que acontece alrededor del sujeto, sino que es una empresa sumamente frágil, deteriorable con el paso del tiempo y permeable a las contaminaciones y a las reinterpretaciones⁴. Esta caracterización de la memoria tiene una incidencia capital para el proceso judicial: puede provocar que aquello que se manifieste con base en la memoria no se corresponda con aquello que efectivamente sucedió, lo que es crítico para la actividad probatoria⁵; circunstancia que, a su vez, propicia la comisión de errores judiciales.

En los Estados Unidos de América, la iniciativa *Innocence Project* atestigua empíricamente lo que se acaba de mencionar: muchas de las condenas que se consiguen revocar a partir de los análisis del ADN (prácticamente el 70%) pivotaban sobre declaraciones testificales que habían identificado erróneamente al autor del delito⁶. Asimismo, otros organismos han señalado esta dinámica: el *National Registry of Exonerations* sostiene que el 26% de las exoneraciones que se llevan a cabo (855 de 3250) derivan de identificaciones erróneas⁷; y el *National Research Council* ha exhortado la implementación de medidas para elevar la fiabilidad de las identificaciones, dados los problemas de precisión actuales⁸.

Por todo ello, recientemente, se han desarrollado actuaciones basadas en la psicología del testimonio, en aras de mejorar la fiabilidad de las identificaciones llevadas a cabo en el marco de las investigaciones criminales. Estas se han circunscrito en dos grandes ámbitos de actuación. Por un lado, se han señalado las condiciones que deben concurrir para efectuar un reconocimiento con mayor imparcialidad⁹.

4 Giuliana Mazzoni, ¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria, trad. José Manuel Revuelta (Madrid: Trotta, 2010) y, Psicología del testimonio, trad. Amparo Moreno (Madrid: Trotta, 2019); Margarita Diges, Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense (Madrid: Trotta, 2016); Giuseppe Sartori, La memoria del testimone (Milano: Giuffrè, 2021).

5 En este trabajo se asume la concepción racional de la prueba. Jordi Ferrer Beltrán, La valoración racional de la prueba (Madrid: Marcial Pons, 2007) y, Prueba y verdad en el derecho (Madrid: Marcial Pons, 2005).

6 Innocence Staff, "How Eyewitness Misidentification Can Send Innocent People to Prison", The Innocence Project, 15 de abril de 2020, <https://innocenceproject.org/how-eyewitness-misidentification-can-send-innocent-people-to-prison/>.

7 Estados Unidos Newkirk Center for Science & Society, "% EXONERATIONS BY CONTRIBUTING FACTOR. NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS", University of California Irvine, the University of Michigan Law School and Michigan State University College of Law, accedido 14 de octubre de 2022, <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/ExonerationsContribFactorsByCrime.aspx>.

8 National Research Council, Identifying the Culprit: Assessing Eyewitness Identification (Washington, DC: The National Academies Press, 2014), <https://doi.org/10.17226/18891>.

9 Ejemplos de ello son: instrucciones claras al testigo sobre la posibilidad de que el autor no esté en la rueda, que la persona que dirige la práctica no conozca

Cabe señalar que algunas de estas consideraciones han sido acogidas por los proyectos de promulgación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal española¹⁰, aun cuando, lamentablemente, ninguno de ellos ha sido aprobado. Por el otro lado, se han indicado aquellos parámetros que tienen incidencia en la percepción de los rasgos característicos del autor que pueden dificultar su identificación, a fin de tomarlos en consideración para evaluar la precisión del reconocimiento¹¹.

A partir de estas coordenadas, en este trabajo se centrará la atención en un nuevo extremo: en cómo se incorporan en el acervo probatorio los reconocimientos personales y si esta incorporación es coherente con los postulados de la psicología del testimonio. Para este cometido, se utilizará la *praxis* jurisprudencial española. La referida jurisprudencia encauza dicha incorporación por medio de la prueba testifical desarrollada durante el juicio oral. Este planteamiento deriva del hecho de que los reconocimientos personales, al realizarse a los inicios de la investigación, no pueden ser considerados como prueba (art. 741 LECrim); son meras diligencias que sirven para orientar la investigación¹². Así las cosas, es en el desarrollo de la prueba testifical, cuando el testigo puede ratificar la identificación efectuada durante la investigación, con el fin de que la misma sea incorporada en la actividad probatoria y tenga la capacidad de enervar la presunción de inocencia. La jurisprudencia, sin embargo, no reconoce únicamente la vía de la ratificación, sino que permite la posibilidad de que un reconocimiento efectuado directamente en

el plenario, es decir, cuando no ha existido uno durante en la investigación, opere como prueba¹³.

Ante este escenario, en este trabajo se reflexionará sobre si este cauce procesal es el más idóneo para que el proceso judicial se sirva de unos datos probatorios de la mejor calidad (menos susceptibles al error, entendido este último como ausencia de correspondencia con la realidad). De este modo, se analizará si la demora en la obtención del dato probatorio (a un momento tan lejano respecto del acaecimiento del hecho) impacta negativamente en la calidad del conjunto probatorio. En otras palabras, se meditará si este medio de prueba sirve a los objetivos de la actividad probatoria (reconstrucción de los hechos tal y como acaecieron y disminución de la comisión de errores)¹⁴ o si, en contraste, se aleja de ellos.

A tales fines, se seguirá la siguiente estructura. Primeramente, se describirá la citada práctica jurisprudencial, que confiere efectos probatorios a los reconocimientos (apartado 2). Seguidamente, se confrontará dicha jurisprudencia con el estado actual de la psicología del testimonio, a los efectos de advertir la adecuación de la primera a la segunda (apartado 3). Y, finalmente, se propondrá una alternativa para tratar de sortear los problemas y disfunciones señalados en el apartado 3 y, con ello, garantizar que la utilización probatoria de los reconocimientos personales se realice mediante unos cauces procesales que preserven la memoria del hecho en su mejor estado posible (apartado 4).

quién es el sospechoso, precisiones acerca del tamaño y la composición de la rueda. Margarita Diges y Nieves Pérez-Mata, "La prueba de identificación desde la psicología del testimonio", en Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento (Madrid: Marcial Pons, 2014), 64-74.

10 España Ministerio de Justicia, "Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal", Ministerio de Justicia, accedido 1 de octubre de 2022, arts. 306-312, <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf>.

11 Por ejemplo, el tiempo de exposición de la cara, la duración del suceso, las condiciones de iluminación, el número de agresores, el sesgo de identificación intra-etnia, la presencia de armas. Diges y Pérez-Mata, "La prueba de identificación desde la psicología del testimonio", 36-60.

12 España Tribunal Supremo, Sentencia 353/2014, 8 de mayo de 2014, 3893/2012, <https://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6963381/Huelga/20140218>. Nieva Fenoll, Derecho Procesal III. Proceso Penal, 210.

13 España Tribunal Supremo, Sentencia 412/2021, 13 de mayo de 2021, 6538/2019, <https://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/9423282/tributario/20210223>.

14 Ferrer Beltrán, Prueba y verdad en el derecho. Larry Laudan, Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica (Madrid: Marcial Pons, 2013), 22-23.

2. La introducción de los reconocimientos personales en la jurisprudencia española

Los reconocimientos personales son considerados diligencias policiales o sumariales¹⁵. Son de las primeras actuaciones que se llevan a cabo para orientar la investigación. Esta adjetivación lleva anudada una consecuencia crítica para la actividad probatoria, a saber, dichas diligencias no pueden ser tomadas en consideración para el dictado de una sentencia. No constituyen prueba. Así lo dispone el art. 741 LECrim, que determina que la prueba es aquella que se practica en el juicio oral, bajo los principios de contradicción e inmediación. Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido categórica en negar la eficacia probatoria a dichas diligencias. Por el contrario, ha permitido que estas puedan incorporarse en la actividad probatoria, siempre y cuando ("es imprescindible")¹⁶ estas pudieran ser reproducidas en el acto de juicio oral y fueran sometidas a un efectivo debate contradictorio¹⁷.

En méritos de este cauce procesal, la jurisprudencia ha permitido incorporar los reconocimientos personales en el sustrato probatorio. En concreto, se ha estimado que, a partir de la declaración testifical, se podía reproducir dicho reconocimiento en el plenario mediante dos principales actuaciones: (i) o bien ratificando el reconocimiento efectuado anteriormente en la fase de investigación (ii) o bien realizando un reconocimiento *in situ* (esto es, preguntándole al testigo si reconoce a la persona que se halla sentada en el banquillo como el autor de los hechos). Para que ello sea válido, cualquiera de ambas actuaciones debe ir precedida de un interrogatorio cruzado entre las partes acerca de los hechos presenciados por el declarante y sobre los condicionantes del reconocimiento efectuado¹⁸.

Esta habilitación jurisprudencial ha propiciado que, por un lado, se sostenga que un reconocimiento que albergaba dudas en la fase sumarial pueda ser enmendado por una identificación certera en el plenario (o viceversa)¹⁹; y que, por el otro, se pueda practicar un reconocimiento directamente en el plenario con capacidad para desvirtuar la presunción de inocencia, a pesar de que no haya existido identificación alguna en la fase sumarial²⁰.

Esta articulación se fundamenta en la consideración de que el reconocimiento personal es una práctica que puede ser reproducida en el juicio oral, mediante la prueba testifical. Se asume que el reconocimiento tiene un carácter repetible; se deniega jurisprudencialmente toda posibilidad de vehicularlo como prueba anticipada²¹. De ahí que se considere que la presunción de inocencia no queda desvirtuada por el reconocimiento fotográfico o la rueda de reconocimiento *per se*, sino por el resultado del medio de prueba (declaración testifical) que se ha practicado en el plenario y que, por tanto, está sometido a contradicción²². Ese es el dato probatorio.

¹⁵ España Tribunal Supremo, Sentencia 493/2022, 20 de mayo de 2022, 4819/2020, <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e34fa508bc22a098/20220222>.

¹⁶ España Tribunal Constitucional, Sentencia 164/1998, Boletín Oficial del Estado 197, 18 de agosto de 1998, BOE-T-2001-15937, http://hj.tribunalconstitucional.es/en-US/Resolucion/Show/3666#complete_resolucion.

¹⁷ Por todas, España Tribunal Constitucional, Sentencia 10/1992, Boletín Oficial del Estado 38, 13 de febrero de 1992, BOE-T-1992-3230, https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1992-3230.

¹⁸ España Tribunal Supremo, Sentencia 337/2015, 24 de mayo de 2015, 10853/2014, <https://vlex.es/vid/576046342>; Sentencia 4/2020, 16 de enero de 2020, 10231/2019, <https://vlex.es/vid/841006604>; y, Sentencia 493/2022, 20 de mayo de 2020, 4819/2020, <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e34fa508bc22a098/20220222>.

¹⁹ España Tribunal Supremo, Sentencia 353/2014.

²⁰ España Tribunal Supremo, Sentencia 412/2021.

²¹ España Tribunal Constitucional, Sentencia 10/1992. España Tribunal Supremo, Sentencia 353/2014.

²² España Tribunal Supremo, Sentencia 337/2015; Sentencia 4/2020; Sentencia 651/2020, 2 de diciembre de 2020, 1953/2016, <https://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/9048584/Contrato%20de%20obra/20200309>; y, Sentencia 18/2017, 20 de enero de 2017, 175/2014, <https://vlex.es/vid/663806329>.

3. Confrontación de la jurisprudencia española con el estado actual de la psicología del testimonio

Una vez reconocida la fragilidad de la memoria por la psicología del testimonio, una de las preocupaciones de la función jurisdiccional debería descansar en cómo asegurar que en el proceso judicial se opera con su versión menos contaminada. Es la única manera de poder alcanzar los ya referidos objetivos principales de la actividad probatoria. En este apartado, se analizará si la precitada práctica jurisprudencial garantiza la utilización como prueba de datos memorísticos de la mayor calidad y, por ende, menos susceptibles al error. Esta cuestión es capital, debido a los niveles de desacierto presentes en este ámbito. A tales efectos, se emplearán las conclusiones empíricas sostenidas por la psicología del testimonio.

Antes de comenzar, sin embargo, se debe efectuar una precisión. Como se verá, a continuación, se hará referencia a una serie de consecuencias derivadas de la fragilidad de la memoria. A pesar de que cada una de ellas se aborde separada e individualmente, ello no implica que actúen de forma estanca. Por el contrario, todas ellas interactúan.

a. El impacto del paso del tiempo en la memoria

Como se desprende del apartado anterior, la principal característica de la mentada práctica jurisprudencial es que la información que se toma en consideración para el dictado de la sentencia es la verbalizada por el testigo en el momento del juicio oral. Es decir, varios años después del suceso²³. Por este motivo, el primer aspecto que cabe analizar es si esta demora ostenta algún impacto en la calidad de la memoria que alimenta la actividad probatoria.

Pues bien, la psicología del testimonio ha constatado que la precisión del recuerdo se va difuminando a medida que va transcurriendo el tiempo, siendo mucho más intenso en los momentos inmediatamente posteriores (horas o días), para después atemperarse en periodos más lejanos temporalmente; sigue una lógica logarítmica. Esta circunstancia se ha advertido en el desarrollo de varias investigaciones empíricas donde se ha advertido que el sujeto es mucho más proclive a cometer errores, cuando el hecho sobre el que se le interroga está más distanciado del momento de formular la pregunta. Cuanto mayor es la distancia temporal, mayor es el porcentaje de contestar erróneamente a esta (esto es, que lo manifestado no corresponda con la realidad fáctica)²⁴.

Lo relevante a efectos de este trabajo, es que tales resultados son predicables respecto de hechos únicos y significativos que, por su naturaleza, no son experimentados por el sujeto con regularidad, como el haber sido testigo de un delito²⁵. En este sentido, se ha advertido que el paso del tiempo (un par de meses) incide de tal forma en el recuerdo que dicha decisión decae al nivel del azar²⁶. No siendo baladí, a estos efectos, que los márgenes temporales con los que normalmente operan los investigadores son mucho más reducidos que los que operan en

²³ El art. 324 LECrim establece un periodo máximo de 12 meses para la instrucción, plazo que es prorrogable en determinados supuestos. A este lapso temporal, se le debería agregar la fase intermedia (escritos de acusación y defensa) y la celebración del juicio oral, que tiene una duración media de 10,7 meses en el procedimiento abreviado. España Poder Judicial, "Procedimientos Abreviados", Poder Judicial, accedido 21 de octubre de 2022, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=23&anio=2021&territorio=Espa%C3%B1a&proc=PROCEDIMIENTOS%20ABREVIADOS>. Como muestra de todo ello, en España Tribunal Supremo, Sentencia 74/2021, 28 de enero de 2021, 10185/2020, https://www.iberleyes.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-74-2021-ts-sala-penal-sec-1-rec-10185-2020-28-01-2021-48345423?sort_fecha=1&voces%5B0%5D=Delitos+de+lesiones&nolIndex, el reconocimiento personal en el plenario se efectúa dos años después de los hechos.

²⁴ Sartori, La memoria del testimone, 91-99; Diges y Pérez-Mata, "La prueba de identificación desde la psicología del testimonio".

²⁵ Sartori, La memoria del testimone, 92-95.

²⁶ Diges y Pérez-Mata, "La prueba de identificación desde la psicología del testimonio", 58.

un proceso judicial: generalmente, las investigaciones se basan en intervalos de semanas o pocos meses entre el hecho a recordar y la pregunta sobre el mismo, mientras que en el proceso judicial se manejan parámetros temporales mucho más amplios²⁷. Este factor acentuaría, aún más, la pérdida de precisión en el recuerdo en decisiones donde el intervalo de retención²⁸ es superior a varias semanas²⁹. En suma, uno de los parámetros que impacta negativamente en la precisión del recuerdo para identificar al reo es el aumento del intervalo de retención. Por consiguiente, la mejor manera de elevar dicha precisión es trabajar con intervalos temporales cortos.

Este particular adquiere una importancia notoria en el ámbito forense, dado que la mayoría de los recuerdos que son de interés para el proceso judicial se han generado de manera incidental (son inesperados). En la mayoría de los supuestos, cuando se comete un delito, el testigo no está prestando una atención consciente a lo que acontece a su alrededor (no espera su materialización), sino que desplaza su atención hacia el suceso abrupta y repentinamente, cuando este ocurre. Esta circunstancia provoca que se parta de un recuerdo escaso y fragmentario³⁰. En consecuencia, diferir en el reconocimiento (o el debate contradictorio sobre el reconocimiento y sus condiciones) hace disminuir potencialmente la calidad de un recuerdo ya *per se* pobre.

En otro orden de cosas, también debe tomarse en consideración que el paso del tiempo acrecienta la posibilidad de que el recuerdo se vaya modificando. En este sentido, ya existen investigaciones empíricas que sostienen que cuando el sujeto habla con otras personas rememorando el suceso, lee noticias

sobre los hechos atestiguados o se encuentra inmerso en un caso con gran exposición mediática, su recuerdo "original" puede verse afectado. En concreto, se puede provocar que el testigo incorpore cuestiones fácticas que no ha experimentado. De la misma manera que ocurre cuando se formulan las preguntas utilizando determinados conceptos o verbos³¹. Así las cosas, cuanto más se demore la petición de reconocimiento, más se acentuará la posibilidad de que las respuestas del testigo se fundamenten en particulares no percibidos por él.

b. La reiteración de los reconocimientos

Otro de los aspectos sobre el que conviene meditar es acerca de si el hecho de haber efectuado ya un reconocimiento previo en la fase policial o sumarial (que será el que se ratificará) tiene algún tipo de incidencia en el reconocimiento que se efectúa durante el plenario.

Subrayar este particular es trascendente, puesto que se ha comprobado que, si se efectúa un reconocimiento fotográfico previo a la rueda de reconocimiento, existe un riesgo de que el testigo identifique a la persona del reconocimiento fotográfico en lugar de al autor de los hechos. Es lo que se denomina "efecto compromiso". Por ello, desde la doctrina se sostiene que, si se ha desarrollado un reconocimiento fotográfico, no se realice un reconocimiento en rueda, a fin de que el testigo no incurra en este error³². Contrainstintivamente a lo que pudiera parecer, volver a identificar el sujeto en un reconocimiento posterior puede conllevar el enraizamiento en un error, en vez de mostrar consistencia en la declaración³³. Lo mismo podría pasar en la ratificación del reconocimiento efectuado durante el plenario: no se identificaría al reo, sino a la persona que se identificó en la rueda o en el reconocimiento fotográfico.

Por otro lado, y vinculado a esto último, se ha constatado que el transcurso del tiempo provoca que aumente la confianza en la identificación del reo efectuada por el testigo (que es lo que se exige al testigo para poder considerar la identificación) y, a su vez, decrece el número de identificaciones correctas³⁴. Este fenómeno paradójico –además de verse influido por los extremos ya señalados– estaría relacionado con la interpretación que realiza el testigo cuando se le solicita un nuevo reconocimiento por las autoridades judiciales (con posterioridad a uno fotográfico o en rueda): esta nueva solicitud puede ser asumida por el testigo como una manifestación implícita de que acertó en sus identificaciones previas y esta asunción propiciaría un aumento artificial de la confianza en su decisión. Por consiguiente, la declaración de reconocimiento de una persona sin ningún género de duda durante el plenario podría estar motivada por un incremento artificioso de la seguridad, que no estaría vinculado con una mayor precisión y fiabilidad del recuerdo.

En méritos de todo lo anterior, el resultado de los reconocimientos realizados con posterioridad a uno anterior puede estar influenciado por el "efecto compromiso", o por una seguridad abultada artificiosamente, al ser interpretada como una confirmación implícita de las identificaciones previas³⁵.

Por último, cabe señalar que, según algunos estudios, el propio acto de recordar podría alterar el propio recuerdo. En este sentido, se sostiene que no se tiene la capacidad de recordar "todo a la vez", sino que, para mantener en la memoria determinados particulares, otros deben ser olvidados (*retrieval-induced forgetting*). Esta operación también sería predicable respecto de los acontecimientos. Como apunta Mazzoni, ello implica que, a fin de recordar los dos coches involucrados en un accidente, se olvida si había un tercer coche que causó el accidente o si este iba a una velocidad excesiva. En consecuencia, la reiterada exigencia que el sujeto declare (recuerde todo lo ocurrido), como mínimo en tres ocasiones (en la policía, en la fase sumarial y en la fase de juicio oral) podría conllevar una pérdida de

determinados recuerdos (más trascendentes), en aras de preservar otros (menos relevantes). Sin tener la posibilidad de conocer cuáles se han eliminado con el propósito de preservar otros³⁶. En consecuencia, cuantas más veces se pregunte al testigo sobre unos particulares, más se diluirán otros. Además, este proceder no únicamente ocurrirá ante las solicitudes de reconocimientos vinculadas a una investigación penal, sino que el propio testigo puede ir recordando por su cuenta los hechos transfigurando las memorias originales. Un ejemplo de lo anterior es la STS 74/2021, de 28 de enero, en el que el reconocimiento personal se efectúa en el acto de juicio oral con las siguientes condiciones: "–a pesar de haber transcurrido dos años– lo ha podido identificar por sus características físicas –'[...] era un chaval moreno y delgadito [...] – y porque había revivido en su mente los acontecimientos en diversas ocasiones".

c. La consideración del reconocimiento como fenómeno cognitivo-social

Por último, cabe referir que en la identificación del reo también tienen una incidencia otros extremos distintos a los concernientes a la fragilidad de la memoria. A este respecto, se ha advertido que el reconocimiento del autor de los hechos depende de los valores y convicciones del testigo; estos inciden en el comportamiento del testigo. Es por este motivo que se ha señalado la identificación como un fenómeno cognitivo-social. Así, por ejemplo, si convocan al testigo para efectuar un reconocimiento, este puede considerar que el reo ha sido detenido y formará parte de la rueda de reconocimiento que se le presente. Esta convicción puede influenciar al testigo hasta tal punto que identifique a la persona que más se parezca al autor, en lugar del autor. Igualmente puede suceder con otros extremos: si el testigo considera que la identificación puede jugar un papel determinante para que el proceso finalice con una sentencia condenatoria, tendrá más incentivos para identificarlo. De la misma forma, el testigo también puede considerar que si yerra en el reconocimiento no tendrá ninguna consecuencia relevante, dada la sensación que

²⁷ Sartori, La memoria del testimone, 95-96.

²⁸ El intervalo de retención es "el periodo de tiempo que transcurre entre la percepción del delito y la rueda de identificación" Diges y Pérez-Mata, "La prueba de identificación desde la psicología del testimonio", 58.

²⁹ Cabe señalar que difícilmente se puede trasponer directamente los resultados obtenidos en investigaciones a la vida real, puesto que en los primeros se conoce si en la rueda experimental si halla o no el autor de los hechos. Diges y Pérez-Mata, "La prueba de identificación desde la psicología del testimonio", 36.

³⁰ Mazzoni, ¿Se puede creer a un testigo?, 52.

³¹ Rino Rumiati y Carlo Bona, Dalla testimonianza alla sentenza (Bologna: Il Mulino, 2019), 49-58.

³² Nieva Fenoll, Derecho Procesal III, 210-212.

³³ Diges y Pérez-Mata, "La prueba de identificación desde la psicología del testimonio", 62-63.

³⁴ Sartori, La memoria del testimone, 268.

³⁵ Diges y Pérez-Mata, "La prueba de identificación desde la psicología del testimonio", 75.

³⁶ Mazzoni, ¿Se puede creer a un testigo?, 54-57.

existe en determinados ambientes acerca de la impunidad con la que son tratados las personas que cometen delitos. Todas estas actitudes y opiniones pueden interferir en la identificación del reo³⁷ y desembocar en errores judiciales.

Por consiguiente, se puede aventurar que el reconocimiento del reo en el marco del plenario intensifica todas estas creencias sociales que se acaba de reseñar, al constituir el momento decisivo de un proceso penal. Además, como se ha resaltado por la doctrina, la escenografía de un acto de juicio oral es significadamente estigmatizante para el reo, al menos en España, donde este se sitúa en una ubicación concreta, el banquillo (una banqueta distinta sin respaldo), fácilmente identificable por todos los asistentes, aislado de todas las partes, pudiéndose encontrar esposado o en cabinas blindadas y custodiado por la policía³⁸. Ante esta escenografía, es harto difícil que pueda aparecer una respuesta que no sea la ratificación de la identificación.

d. Sobre el reconocimiento directo en el acto de juicio oral

Sin perjuicio de que todo anteriormente señalado impacta en los dos supuestos que regula la jurisprudencia, se efectúan algunas reflexiones específicas sobre la posibilidad de realizar un reconocimiento directamente durante el plenario. Cumple señalar que permitir esta posibilidad volatiza todas las prevenciones y cautelas que, desde la psicología del testimonio, se han significado para evitar identificaciones erróneas: únicamente está presente la persona (o personas) sobre las que recae la acusación, envuelta con la escenografía anteriormente relatada. Con este proceder, pues, se abdica de las medidas encaminadas a garantizar la imparcialidad del reconocimiento, a saber: (i) la presencia de varios componentes; (ii) con características fisiológicas similares³⁹; y, (iii) la neutralización de cualquier sugestión, influencia externa o contaminación que afecta a la fiabilidad de

la identificación⁴⁰. Respecto a este último particular, se ha sostenido por algunos autores, que la persona encargada del reconocimiento no sepa quién es el sospechoso, porque disponer de ese conocimiento puede provocar, incluso involuntariamente, la exteriorización de algún tipo de gesto o comentario sugestivo para el declarante, que difuminaría su imparcialidad y la imparcialidad del reconocimiento⁴¹.

No se debería orillar que los dos primeros elementos (i y ii) tratan de reducir la probabilidad de que la identificación sea por azar y que exista un sesgo del acusado, que aparece cuando el diseño del reconocimiento conduce a seleccionar a una persona determinada⁴². El tercero va encaminado a evitar todo tipo de parcialidad en la identificación, derivada de cualquier sugestión, que propicia que la identificación no se base en el recuerdo del sujeto, sino en informaciones ajenas a él. Por consiguiente, la ausencia de estas medidas convierte la identificación en parcial, sesgada y sugestiva. O, dicho en otras palabras, la fuente de prueba en ese caso no es la memoria del testigo (que sería la única pertinente), sino el resultado de las distorsiones y contaminaciones provocadas a esa memoria por una práctica metodológicamente incapaz de neutralizarlas.

Por todo ello, si una diligencia policial o sumarial quedaría viciada de ser practicada en tales condiciones⁴³, deviene palmario que su práctica en el juicio oral no puede tener virtualidad probatoria: su inexistente calidad epistemológica impide que pueda ser introducida en el acervo probatorio.

A la luz de las conclusiones de la psicología del testimonio señaladas, la respuesta a la pregunta que me formulaba al principio del apartado deviene palmaria. El cauce jurisprudencial operante en España para incorporar probatoriamente el reconocimiento personal desatiende el estado actual de esta disciplina, con las consecuencias críticas que ello conlleva: la asunción de un mayor riesgo de error y, por tanto, de la materialización

de identificaciones equivocadas. Diferir la introducción del reconocimiento (juntamente con el debate sobre sus condicionantes) al momento del juicio oral aleja el enfoque de la reconstrucción de los hechos tal y como acaecieron por dos principales razones: (i) por la degradación de la memoria, que pierde precisión a medida que transcurre el tiempo y (ii) por la elevada probabilidad de que por medio de este cauce se permita el acceso a la función jurisdiccional a información que puede ser ajena al sujeto (producto de sugerencias y de alteraciones del recuerdo) hasta tal punto que el reconocimiento pueda llegar al nivel del azar.

En suma, la (pre)asunción jurisprudencial de que los reconocimientos personales pueden ser reproducidos en sus mismas condiciones con posterioridad –en el plenario– no ostenta apoyatura alguna por parte de la investigación empírica. Esta postura jurisprudencial debe ser abandonada por su nocivo efecto para la función jurisdiccional.

4. Formulación de una propuesta alternativa a la práctica jurisprudencial española

Ante este panorama, es preciso hallar una articulación alternativa. Esta debe partir de las conclusiones que alcanzan las disciplinas que estudian la percepción y la memoria y, en especial, de la psicología del testimonio. En este sentido, es capital atender a la característica tantas veces referida en este trabajo: la fragilidad de la memoria, juntamente con sus derivadas, a saber, su degradabilidad, maleabilidad, modificabilidad y permeabilidad.

A partir de esta realidad, aparece como evidente que la demora en la identificación con virtualidad probatoria incrementa la probabilidad de que los datos que declare el sujeto no sean originales (se puedan haber visto contaminados por otros particulares, ajenos a su experiencia del hecho), y si no son originales deben ser reputados como impertinentes.

Por tanto, si se pretende reconstruir los hechos tal y como sucedieron, así como disminuir el riesgo de error en la sentencia

(objetivos de una actividad probatoria racional), a partir de la percepción y la memoria de una persona, es capital acortar el intervalo de retención. Proceder de un modo tal, reducirá la incidencia de todas las derivadas de la fragilidad de la memoria y permitirá el uso jurisdiccional de un recuerdo más arraigado en la experiencia del hecho; que es el que interesa al proceso judicial.

A tales efectos, los ordenamientos jurídicos disponen de un instrumento idóneo: la prueba anticipada. Esta última encuentra su presupuesto en la *fugacidad del objeto sobre el que recaen* determinados actos de prueba, en su irrepitibilidad, que imposibilita su reproducción en el acto de juicio oral⁴⁴. Pues bien, si el estado actual de la psicología del testimonio sostiene que la memoria es frágil (con todas sus derivaciones) parece evidente que una identificación efectuada en la génesis de una investigación no podrá repetirse en las mismas condiciones en el acto de juicio oral. Ese estado de cosas no podrá recuperarse en el plenario, al menos, con la cantidad de información original que la alimentará ese primer momento. El discurrir del tiempo difuminará y transfigurará no solo los rasgos característicos que permitirían una eventual identificación, sino también las condiciones en las que el suceso ocurrió y rol que tuvo en todo ello el testigo. Estos últimos datos son igualmente relevantes, dado que sirven para evaluar la fiabilidad de la identificación.

Por consiguiente, los reconocimientos personales, tomando en consideración las características de la memoria, deben ser reputados como actos únicos e irrepitibles. Un reconocimiento posterior no puede ser idéntico a uno realizado con anterioridad. Será otro reconocimiento, y más susceptible al error. Emulando el art. 448 LECrim⁴⁵ –que reconoce

⁴⁰ España Tribunal Supremo, Sentencia 353/2014. Mazzoni, ¿Se puede creer a un testigo?.

⁴¹ Mazzoni, Psicología del testimonio, 62-64.

⁴² Diges, Testigos, sospechosos y recuerdos falsos, 76 y ss.

⁴³ España Tribunal Supremo, Sentencia 353/2014.

³⁷ Diges, Testigos, sospechosos y recuerdos falsos, 70 y ss.

³⁸ Javier Hernández García, "Sobre (en) el escenario del juicio oral: algunas reflexiones", *Jueces para la democracia* n.º 78 (2013): 106-121.

³⁹ Diges, Testigos, sospechosos y recuerdos falsos, 76 y ss.

⁴⁴ Vicente Gimeno Sendra, *Manual de Derecho procesal penal* (Madrid: Constitución y Leyes, COLEX, 2008), 231.

⁴⁵ "Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración

la prueba anticipada para aquellos supuestos en el que el testigo no puede asistir al juicio oral-, se puede manifestar que el recuerdo de los hechos –en su mejor estado (que es el que interesa a la función jurisdiccional) –, no puede acudir a la celebración del acto de juicio oral. Por ello, considero que el mecanismo procesal que debe utilizarse para incorporar como prueba un reconocimiento personal es la prueba anticipada⁴⁶. Una solución que parece que se empieza a plantear en determinados supuestos –aunque con una argumentación complementaria a la sostenida en este trabajo–⁴⁷.

Aunque este particular desborda el objeto de la presente reflexión, se efectuará una consideración sobre la naturaleza de esta prueba anticipada. La misma debería ser configurada ya no como una prueba testifical, sino como una prueba pericial. Los múltiples aspectos perceptivos y memorísticos⁴⁸ que irradian sus efectos en la realización de un reconocimiento personal, todos ellos de naturaleza extrajurídica, provocan que sea prudente y oportuno que los órganos jurisdiccionales se sirvan de los conocimientos expertos de los especialistas en tales materias, especialmente, cuando estos elementos impactan en la calidad y fiabilidad de la decisión del testigo.

5. Conclusión

En este trabajo, a partir del análisis de la jurisprudencia española en torno a la introducción de los reconocimientos personales como prueba, se ha reflexionado sobre cuál debería ser el cauce procesal para incorporar los reconocimientos personales en el sustrato probatorio, desde una dimensión temporal. En este sentido, se ha concluido que, de conformidad con el estado actual de la psicología del testimonio, incorporar los reconocimientos (con su respectivo debate contradictorio) durante el acto de juicio oral representa un aumento del riesgo de que dichas manifestaciones no se correspondan con la realidad y que, en consecuencia, se efectúen identificaciones equivocadas.

Así pues, la fragilidad de la memoria impide poder afirmar que dichos reconocimientos (y las condiciones que los acompañaron) puedan ser reproducidos en el plenario, y mucho menos, que se pueda efectuar un reconocimiento directamente durante la celebración de este; siempre que, claro está, se pretenda operar desde la racionalidad probatoria. De ahí que para tratar de minimizar todas las consecuencias que se derivan del funcionamiento de la memoria, la única vía que se presenta para que el proceso judicial se pueda servir de una información lo menos contaminada y distorsionada posible es operar con la prueba anticipada, a practicar tan pronto como sea posible.

del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes".

⁴⁶ Como ya han sostenido autores como Jordi Nieva Fenoll, "Concepto y naturaleza jurídica de los reconocimientos de identidad", en *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*, 27.

⁴⁷ "El Fiscal General español sostuvo la posibilidad de que las víctimas de agresiones sexuales únicamente declaren una vez, en instrucción, para evitar la victimización secundaria". José Manuel Romero, "La Fiscalía diseña una fórmula para evitar que los violadores acreditados se libren de la cárcel", *El País*, 01 de septiembre de 2022. <https://elpais.com/sociedad/2022-09-02/la-fiscalia-disena-una-formula-para-evitar-que-los-violadores-acreditados-se-libren-de-la-carcel.html>.

⁴⁸ Notas 10 y 11.

Bibliografía

- Diges, Margarita. *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*. Madrid: Trotta, 2016.
- Diges, Margarita y Nieves Pérez-Mata. "La prueba de identificación desde la psicología del testimonio". En *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- España Ministerio de Justicia. "Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal". *Ministerio de Justicia*. Accedido 1 de octubre de 2022. <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf>.
- España Tribunal Constitucional. *Sentencia 10/1992*. Boletín Oficial del Estado 38, 13 de febrero de 1992, BOE-T-1992-3230. https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1992-3230.
- . *Sentencia 164/1998*. Boletín Oficial del Estado 197, 18 de agosto de 1998, BOE-T-2001-15937. http://hj.tribunalconstitucional.es/en-US/Resolucion/Show/3666#complete_resolucion.
- España Tribunal Supremo. *Sentencia 353/2014*. 8 de mayo de 2014, 3893/2012. <https://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6963381/Huelga/20140218>.
- . *Sentencia 337/2015*. 24 de mayo de 2015, 10853/2014. <https://vlex.es/vid/576046342>.
- . *Sentencia 18/2017*. 20 de enero de 2017, 175/2014. <https://vlex.es/vid/663806329>.
- . *Sentencia 4/2020*. 16 de enero de 2020, 10231/2019. <https://vlex.es/vid/841006604>.
- . *Sentencia 651/2020*. 2 de diciembre de 2020, 1953/2016. <https://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/9048584/Contrato%20de%20obra/20200309>.
- . *Sentencia 74/2021*. 28 de enero de 2021, 10185/2020. https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-74-2021-ts-sala-penal-sec-1-rec-10185-2020-28-01-2021-48345423?sort_fecha=1&voces%5B0%5D=Delitos+de+lesiones&noIndex.
- . *Sentencia 412/2021*. 13 de mayo de 2021, 6538/2019. <https://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/9423282/tributario/20210223>.
- . *Sentencia 493/2022*. 20 de mayo de 2022, 4819/2020. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e34fa508bc22a098/20220222>.
- Estados Unidos Newkirk Center for Science & Society. "% EXONERATIONS BY CONTRIBUTING FACTOR. NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS". *University of California Irvine, the University of Michigan Law School and Michigan State University College of Law*. Accedido 14 de octubre de 2022. <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/ExonerationsContribFactorsByCrime.aspx>.
- Ferrer Beltrán, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- . *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Gimeno Sendra, Vicente. *Manual de Derecho procesal penal*. Madrid: Constitución y Leyes, COLEX, 2008.
- Hernández García, Javier. "Sobre (en) el escenario del juicio oral: algunas reflexiones". *Jueces para la democracia* n.º 78 (2013): 106-121.
- Innocence Staff. "How Eyewitness Misidentification Can Send Innocent People to Prison". *The Innocence Project*, 15 de abril de 2020. <https://innocenceproject.org/how-eyewitness-misidentification-can-send-innocent-people-to-prison/>.

Laudan, Larry. *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Mazzoni, Giuliana. ¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria. Traducido por José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010.

———. *Psicología del testimonio*. Traducido por Amparo Moreno. Madrid: Trotta, 2019.

National Research Council. *Identifying the Culprit: Assessing Eyewitness Identification*. Washington, DC: The National Academies Press, 2014. <https://doi.org/10.17226/18891>.

Nieva Fenoll, Jordi. "Concepto y naturaleza jurídica de los reconocimientos de identidad". En *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*. Madrid: Marcial Pons, 2014.

———. *Derecho Procesal III. Proceso Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022.

Romero, José Manuel. "La Fiscalía diseña una fórmula para evitar que los violadores acreditados se libren de la cárcel". *El País*. 01 de septiembre de 2022. <https://elpais.com/sociedad/2022-09-02/la-fiscalia-disena-una-formula-para-evitar-que-los-violadores-acreditados-se-libren-de-la-carcel.html>.

Rumiati, Rino y Carlo Bona. *Dalla testimonianza alla sentenza*. Bologna: Il Mulino, 2019.

Sartori, Giuseppe. *La memoria del testimone*. Milano: Giuffrè, 2021.

España Poder Judicial. "Procedimientos Abreviados". *Poder Judicial*. Accedido 21 de octubre de 2022. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judicialesformato1/?idOrg=23&anio=2021&territorio=Espa%C3%B1a&po c=PROCEDIMIENTOS%20ABREVIADOS>.

Carmen Vázquez¹

¿CÓMO MEJORAR LA REGULACIÓN SOBRE LA(S) PRUEBA(S) PERICIAL(ES)?

UN MARCO PARA INCENTIVAR LA COMPRENSIÓN JUDICIAL DE LAS AFIRMACIONES PERICIALES



Resumen

La complejidad, a veces menor y otras veces mayúscula, de las pruebas periciales exige dotar a los juzgadores de las herramientas procesales indispensables para lograr, o al menos incentivar, su comprensión de las afirmaciones realizadas por los expertos. A diferencia de la estrategia más habitual de limitar toda la discusión sobre la calidad de las pruebas periciales a la valoración de las mismas, como si de un mero resultado se tratase, se defenderá que si se presta atención al proceso de presentación y análisis de la información experta no solo se mejoraría *a priori* el uso de esta, sino que solo así los juzgadores pueden satisfacer racionalmente la tarea de valorar tales elementos de juicio. En esa línea, se presentarán algunas sugerencias que deberían preverse en cualquier regulación sobre la admisión y la práctica de las pruebas periciales.

¹ * Profesora agregada de filosofía del derecho en la Universitat de Girona. Coordinadora académica del Máster en Razonamiento Probatorio.

Agradezco tanto a Jordi Ferrer como a Flavia Carbonell sus comentarios a un borrador de este trabajo.

Palabras clave

Prueba pericial; Prueba científica; *lege ferenda*; Cultura jurídica; Expertos

1. Introducción

Es un lugar común que actualmente la ciencia y la tecnología invaden prácticamente todas las esferas de la vida de los seres humanos. Como no podía ser de otra manera, ese impacto ha tenido también lugar en el ámbito procesal, no solamente incrementando el número de pruebas periciales que se presentan en los tribunales, sino también su carácter determinante para resolver un caso. Aún más, en los últimos años se ha visto aumentado el tipo de casos que pueden potencialmente ser resueltos con la ayuda de nuevo conocimiento experto, disminuyendo el rol que tradicionalmente han jugado otro tipo de elementos de prueba².

La situación anteriormente descrita, desafortunada y llamativamente, contrasta muchas veces con los esfuerzos que se han realizado para lograr un objetivo básico para el uso racional de conocimiento experto como fundamento de una decisión judicial: la comprensión de las afirmaciones del experto por parte de los jueces. Se han dedicado, sin duda, muchos esfuerzos para identificar ciertos parámetros que, una vez observados, permitirían a un lego atribuirle cierto valor probatorio a lo que un experto ha presentado en un proceso judicial. Sin embargo, en general, hay dos problemas con esta estrategia: por un lado, los parámetros propuestos y, por el otro, el hecho de centrar la preocupación por la calidad de las pruebas periciales casi exclusivamente en la etapa de valoración, obviando la admisión y la práctica probatoria.

Al menos en la tradición romano-germánica, suele haber una especie de tensión inicial en el planteamiento sobre la prueba pericial, pues mientras se sostiene que el juez es perito de peritos, también se enfatiza –una y otra vez– el carácter lego de los jueces frente a la *expertise* de los peritos. Quizá ello ha promovido que los criterios sugeridos para valorar a los muy diversos tipos de pruebas periciales sean más bien de carácter formal, bien respecto del propio perito o sobre el informe pericial, y que estén solo indirectamente relacionados con el contenido sustantivo de la prueba pericial. Como ejemplo de tales criterios se pueden citar las credenciales de los expertos, la claridad expositiva de los mismos o en la ausencia de contradicciones internas o externas en su informe, todas ellas sugeridas por la doctrina procesal³. No se puede llegar a

conclusiones racionales sobre la calidad de una prueba pericial solamente considerando formalidades puesto que, obviamente, un informe claro podría ser falso o tener un grado de fiabilidad bajo y un perito con las mejores credenciales siempre puede cometer algún error en el caso concreto en que participó.

Por otro lado, como se mencionó, pareciera que el interés en la calidad de las pruebas periciales se ha limitado a la etapa de valoración de las mismas, justo ahí en el momento en que el juez debe decidir si le otorga o no valor probatorio. Sin embargo, como se verá, es precisamente en las etapas obviadas, la admisión y la práctica⁴, donde se puede obtener la información más adecuada para valorar las afirmaciones expertas y, por ello, ahí es donde hay que hacer mayores esfuerzos propiamente jurídicos, sobre todo, a nivel legislativo. No se debería olvidar que el valor probatorio de una prueba pericial termina siendo resultado de todo un proceso sobre lo que se ha dicho y hecho precisamente en las etapas anteriores en el *caso concreto*. Y se subraya en el *caso concreto* porque, a veces, pareciera olvidarse que no se está valorando todo el historial de un experto como tal, sino específicamente las afirmaciones que este vierte sobre el caso.

Por lo que hace a la entrada de conocimiento experto al escenario jurídico procesal, hay dos cuestiones que vale la pena analizar al menos desde un punto de vista de *lege ferenda*. La primera es la determinación de los mecanismos más adecuados para el nombramiento de los peritos oficiales, evitando dejar sistemáticamente a la suerte quién será el experto que conozca de un caso. La segunda es que habría que obligar a que las partes, cuando ofrezcan una prueba pericial propia, presenten desde el inicio información adecuada sobre el fundamento de las afirmaciones que la sustentan, no solo para evitar así la pérdida irracional de tiempo y esfuerzos cognitivos por parte de todos los participantes, sino también como condición necesaria para hacer posible la futura justificación de la decisión judicial.

En esa línea, se argumentará que en la práctica de las pruebas hay dos cuestiones relativas al diseño legislativo que cabe tratar, una de carácter negativo, porque supone la abstención del legislador, y otra de carácter positivo, dado que sugiere la acción legislativa. La primera es que el legislador se abstenga de limitar el contradictorio entre las partes, ya sea estableciendo preguntas, limitando el contradictorio a preguntas previamente planteadas o especificando el número de veces que las partes puedan preguntarse mutuamente e, incluso, la limitación exagerada del número de expertos que pueden participar en un caso. La segunda, y a diferencia de la anterior, es que el legislador prevea mecanismos dialécticos diversos que permitan buscar decisiones fácticas racionales, incentivando un genuino debate *de* las pruebas periciales y *entre* los peritos, sobre todo cuando están en desacuerdo, aunque no solo.

El objetivo de este trabajo es, entonces, ahondar precisamente en esas herramientas que un buen diseño procesal en la legislación debería contener, puesto que permitirían una genuina evolución hacia la comprensión de las pruebas periciales por parte de los jueces. Esto supone, claramente, que los déficits de los juzgadores para valorar las pruebas periciales son informativos y no cognitivos⁵. A estos efectos, el presente trabajo no se centrará en un sistema jurídico en particular, aunque sí se citarán diversos ejemplos de distintos ordenamientos, pues se considera que dada la amplia gama de conocimiento experto que tiene cabida en los procesos judiciales, se trata de herramientas genéricas que deberían estar previstas en cualquier ordenamiento jurídico.

2. ¿Y si empezamos a preocuparnos por la calidad de las pruebas periciales desde su admisión?

² Sobre estos desarrollos vs. el juez generalista puede verse, entre otros, Allison Orr Larsen, "Judicial Factfinding in an Age of Rapid Change: Creative Reforms from Abroad", *Harvard Law Review*, n.º 130 (2017).

³ Para una muestra de todos los criterios disponibles a nivel jurisprudencial, por

ejemplo, en España, véase Xavier Abel Lluch, "La prueba pericial", en *La prueba pericial* (Barcelona: J.M. Bosch, 2009): 132 y ss.

⁴ Al respecto, puede verse Carmen Vázquez Rojas, "Admisibilidad de la prueba pericial", en *Manual de razonamiento probatorio* (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022), 137 y ss y 223 y ss.

⁵ Por ello, debemos optar por incentivar la educación del juez, no su deferencia irracional. En esa línea, véase, Ronald Jay Allen, "The Conceptual Challenge of Expert Evidence", *Law and Economics Series*, n.º 12-15 (2012): 41-65.

En estos últimos años, en mayor o menor medida por la influencia de la experiencia estadounidense en el tratamiento judicial de la prueba pericial, se han levantado varias voces para clamar por una etapa de admisión de las pruebas más rígida, donde se tengan filtros para evitar la entrada al proceso judicial de información experta de baja o nula calidad. Sin embargo, se considera que las propuestas tradicionalmente realizadas se fijan demasiado en un sistema con estructuras diversas a las propias, fundamentalmente en lo que se refiere a la presencia del jurado y el impacto que ello tiene en la determinación de objetivos de cada etapa procesal y el rol de los jueces profesionales en los mismos.

Lo anterior no quiere decir que no se pueda (y no se deba) preocupar por la calidad de las pruebas periciales desde la etapa de admisión de elementos de juicio, sino que tales preocupaciones deberían pasar por otros derroteros. En los siguientes párrafos precisamente se tratará de mostrar que la estrategia debería pasar, por ejemplo, por distinguir lo que puede hacerse con los llamados peritos oficiales y con los peritos de parte, pues solo entonces se podrá responder de mejor manera a la cuestión sobre cómo mejorar la legislación en cada una de dichas figuras procesales si se pretende mejorar la calidad de las pruebas periciales desde su admisión e incentivar la comprensión judicial.

2.1 Sobre la selección de los llamados peritos oficiales

Desde el mundo anglosajón ha habido una crítica constante hacia los sistemas continentales por mantener cierta actitud de *laissez-faire* en cuestiones de admisibilidad de los peritos oficiales, pese al gran uso que de ellos se ha hecho en tales contextos jurídicos, promoviendo una especie de confianza totalmente ciega en un perito por la sola razón de que se le presume competente e imparcial por su origen⁶. Pero, ¿cuáles son los sistemas

de selección de los expertos que fungirán como peritos nombrados judicialmente? En los diversos sistemas jurídicos se encuentran las siguientes modalidades:

La elaboración periódica de un listado oficial de peritos y la especificación de los métodos de designación, entre ellos el sorteo, la insaculación o, más común actualmente, la designación por lista corrida⁷.

La elaboración de un listado oficial de peritos entre los cuales el juzgador tiene libertad para seleccionar⁸.

El nombramiento conjunto de un experto por ambas partes.

Libre elección por parte del juzgador⁹.

por peritos no designados por las partes"; "que la pericia judicial se antoja más objetiva e imparcial que la pericial de parte, la cual adolece de excesiva complacencia para quien la contrató." Sentencia de 21 de junio de 1983 del Tribunal Supremo español y de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de diciembre de 2004 respectivamente. Christophe Champod y Joelle Vuille, "Scientific Evidence in Europe. Admissibility, Appraisal and Equality of Arms. Comparative Study on Scientific Evidence Drawn Up to the Bureau of the Council of Europe's: European Committee on Crime Problems", *International Commentary on Evidence* 9, n.º 1 (2010): 30.

7 Se puede encontrar este sistema en sus diversas versiones en la historia del proceso civil español. Así, en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil se establecía que el sistema de selección era el acuerdo por las partes, si este no se lograba, entonces la insaculación y, de no ser esta posible, la elección directa del juez. Mientras en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, sigue estando el acuerdo entre las partes, el sistema de lista corrida y la designación hecha directamente por el juez. Véase, el artículo 339,2 de la LEC; al respecto, también Abel Lluch, "La prueba pericial", 66.

8 Es el caso mexicano al menos en algunos juicios seguidos ante órganos federales. Aunque debe decirse que el sistema mexicano es todo un galimatías cuando se pretende averiguar cómo es nombrado un perito oficial. Por ejemplo, el acuerdo general 16/2011 del Pleno del Consejo General de la Judicatura, que regula la integración anual de la lista de personas que pueden fungir como peritos ante los órganos del Poder Judicial de la Federación, establece que dichos expertos tienen la prerrogativa de ser elegidos preferentemente para auxiliar a los órganos jurisdiccionales y administrativos del poder judicial: sin embargo, al acudir a las normas procesales ordinarias nada más se dice sobre el ejercicio de tal preferencia.

9 Históricamente esta situación es característica en los procesos civiles brasileños, véase el artículo 145 del Código de Procedimientos Civiles y, por todos, Luiz Guilherme Marinoni y Sérgio Cruz Arenhart, *Prova* (Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2009), 769 ss. Sin embargo, en el 2015 se aprobó un nuevo Código de procedimientos civiles en donde se faculta a las partes para nombrar a sus peritos. Otros ordenamientos prevén esta opción para los procesos no dispositivos, como el español. Abel Lluch, "La prueba pericial", 67.

Y un ejemplo paradigmático en esto es el sistema estadounidense, concretamente en aplicación del artículo 706 de

La posibilidad de acudir a entidades públicas o privadas especializadas en el ámbito del conocimiento relevante para que identifiquen directamente al perito apto¹⁰.

No es este el lugar para profundizar en cada uno de esos sistemas,¹¹ más bien el análisis se centrará en los sistemas más comunes en la tradición continental, es decir, aquellos que usan listados de expertos para seleccionar a los peritos y, especialmente, cuando en el nombramiento del experto termina no habiendo ningún responsable directo del mismo.

La conformación de un listado de supuestos expertos disponibles para actuar como peritos en un proceso judicial, evidentemente, puede realizarse a partir de criterios muy diversos que no necesariamente aseguran ni siquiera la expertise de los sujetos en ellos incorporados, por no hablar de la calidad de su trabajo en general y, menos aún, de la calidad de su participación en procesos judiciales concretos. Algunas veces tales listados obedecen simplemente a la satisfacción de requisitos formales, a la filiación a cierta agrupación o, incluso, a la mera disponibilidad para participar en la arena jurisdiccional. En ocasiones, tales listados son realizados por los propios órganos (administrativos) de los poderes judiciales y, otras veces, son realizados por los colegios u otras organizaciones de expertos. Y si bien es cierto que debería haber una importante diferencia entre un listado que ha sido

las Federal Rules of Evidence, donde se deja a la discrecionalidad de los jueces tanto los casos de aplicación de esta regla como la selección del experto. Aunque vale la pena introducir dos matices a lo anterior. Sobre la primera cuestión, pareciera haber un consenso en que los llamados "court appointees" son una figura procesal a poner en práctica únicamente en circunstancias extraordinarias, por ejemplo, cuando el caso es considerado de extrema dificultad técnico-científica; y, por ello, su uso es bastante limitado. Y, sobre la segunda cuestión, varias resoluciones judiciales y gran parte de la doctrina acuerdan en cierta preferencia por nombrar a un experto convenido por las partes y, sólo cuando ello no se logra, entonces, que lo elija el propio juez. Joe S. Cecil y Thomas E. Willging, *Court-Appointed Experts: Defining the Role of Experts Appointed Under Federal Rule of Evidence 706* (USA: Federal Judicial Center, 1993).

10 Como quinta opción, también podría plantearse la previsión de acudir a instituciones oficiales de pericia para que conozcan de la cuestión, i.e., a técnicos adscritos a las autoridades jurisdiccionales. Estos casos suelen presentarse básicamente en materia penal y en una etapa previa al juicio mismo. Al respecto puede verse, Déirdre Dwyer, *Judicial Assessment of Expert Evidence* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), 113 ss.

11 Al respecto puede verse Carmen Vázquez Rojas, "Sobre el perito de confianza de los jueces", *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo* 9, n.º 18 (2017).

conformado por legos observando ciertas formas de carácter más bien administrativo versus un listado que ha sido conformado por los propios expertos siguiendo criterios más sustantivos¹², en los dos casos la evaluación necesaria para pasar a formar parte del listado es realizada generalmente por un tercero con total independencia del caso concreto para los que ciertos conocimientos especializados son relevantes y sin que el juez del caso tenga (o se interese en tener) información sobre el procedimiento seguido para ello¹³.

La tarea de decidir si un sujeto podría ser apto para peritar en cierta clase genérica de casos es diferente a la tarea de decidir si para un caso concreto un sujeto específico es considerado el perito más adecuado en tales circunstancias. Así pues, el nombramiento de un individuo que conforma las listas podría asegurar que este tiene algún tipo de expertise, pero aún resta la gran tarea de decidir si es un experto adecuado para X o, aún mejor, si entre los candidatos es el mejor experto para X. Curiosamente, pareciera que precisamente a esta decisión no se le ha prestado la atención que merece.

Probablemente la falta de atención antes citada se deba a cierta preocupación por salvaguardar la imparcialidad del juez en aquellos casos donde le compete participar de alguna manera en la selección del experto¹⁴. También podría ser explicada por una mala concepción de lo que es ser experto, como un sujeto que es capaz de responder a cuestiones científicas o técnicas de manera consistente con lo aceptado por la generalidad en un área de conocimiento. Con tal premisa, entonces, bastaría con elegir imparcialmente a uno de

12 Que en realidad muchas veces directamente desconocemos cómo los propios expertos conforman tales listados, siendo posible que también para ellos se pudiese tratar de una tarea netamente administrativa y no sustantiva.

13 Por no decir que centrar la atención únicamente en el hecho de que un conjunto de expertos enlista a otros obvia el problema de que elegir a una comunidad de expertos, por ejemplo, para realizar un listado, podría implícitamente conllevar selección entre diversas partes de un conflicto teórico-experto entre distintas comunidades.

14 Así, por ejemplo, Manuel Serra Domínguez sobre la insaculación afirma que "en aquellas ocasiones en las que, habida cuenta de la importancia de la función a asignar y para conseguir la máxima garantía de imparcialidad en su desempeño librando al designado del influjo de las pasiones desatadas entre quienes solicitan su nombramiento...". Manuel Serra Domínguez, *Estudios de derecho procesal* (Barcelona: Ariel, 1969), 390.

esos expertos capaces. Pero ser experto no solo es compartir ciertos presupuestos con otros (que, por cierto, aunque estos sean aceptados por una generalidad en la comunidad respectiva, aún pudieran ser erróneos)¹⁵, sino una capacidad disposicional de ponerlos en práctica en las más diversas situaciones en que se requieran¹⁶.

En todo caso, a efectos de salvaguardar al juez se han diseñado mecanismos de selección, entre los expertos que conforman una lista, que terminan dejando directamente a la suerte tal decisión (como el sorteo, la insaculación o la lista corrida). Resulta obvio que con tal forma de selección no se tiene ningún tipo de control sobre la capacitación de un sujeto para la concreta pericia de que se trata¹⁷; y, es más, si los peritos saben que su designación se rige por la suerte, tienen pocos o nulos incentivos negativos y positivos para encapsular el interés institucional en la averiguación de la verdad¹⁸. Se trata entonces de sistemas de designación de peritos basados en un cúmulo de meros supuestos sobre el sujeto que ha pasado ciertos controles, que, generalmente, no son claros o terminan en resultados poco significativos. En

un contexto así, tiene total sentido la crítica que Champod y Vuille antes mencionada.

Lo que es aún peor, nadie termina siendo responsable de la decisión sobre quién será el perito en un caso; no lo son quienes hacen los listados, ni tampoco el juez; y si, después de que aquel ha realizado todas las operaciones periciales e incluso ha comparecido a la práctica de las pruebas, resulta que no ha satisfecho las necesidades epistémicas del caso, por ejemplo, porque no era el experto más adecuado para hacerlo, todo termina "simplemente" en una pérdida de recursos económicos, temporales y hasta cognitivos, que posiblemente hubiesen podido evitarse en muchos casos si la selección se hubiese hecho de manera racional.

¿Todo lo anterior sugeriría que debe ser el propio juez quien elija al experto del caso cuando se trate de este tipo de pruebas periciales? No necesariamente, lo que se está sugiriendo es que el juez debe ser responsable de la decisión de quién es el experto nombrado para el caso, sea porque él mismo ha considerado que se trata del mejor experto disponible (por ejemplo, en el listado correspondiente) o porque, v.gr. la comunidad experta en la que el juez racionalmente confía le está brindando buenos argumentos sobre la confiabilidad del experto. El análisis debería ocuparse de esa toma de decisión, i.e., de la selección del experto que fungirá como perito, importantísima muchas veces para decidir el caso. Por ejemplo, si se prefiere mantener los listados de expertos dispuestos a peritar, entonces debería darse al juez la mayor de las informaciones disponible sobre los expertos que los conforman, pues solo así el juez podrá tomar la decisión sobre cuál es el mejor experto para el caso de entre los que están en el listado¹⁹. Pero, aún incluso con independencia de las listas, hay aún dos situaciones que habría que regular adecuadamente para no dejarlas a la buena voluntad de los involucrados: la relación con las comunidades de expertos para la selección de potenciales peritos y la tarea de recabar institucionalmente información relevante sobre cómo, de hecho, actúan los expertos que participan en la arena judicial

como "peritos oficiales", a efectos de incentivar, limitar o incluso excluirles definitivamente como tales.

Si hay algo que la experiencia estadounidense ha enseñado es que pasar de concentrar la atención en peritos individuales a empezar a tender puentes con comunidades de expertos es sumamente fructífero²⁰. En el contexto continental casi el único rol que han venido jugando las comunidades de expertos ha sido precisamente el envío de listas anuales de expertos interesados en realizar peritajes. Sin embargo, se necesita de las comunidades más que eso. En efecto, desde el derecho se debería incentivar una participación más activa de las mismas, a veces, yendo en búsqueda de instituciones reconocidas para gestar convenios que prevean su participación, por ejemplo, en casos de interés general, o en casos donde está de por medio un ciudadano económicamente desfavorecido²¹. Otra de las formas en que podrían colaborar es estando más al pendiente de cómo, de hecho, han actuado los expertos que han participado como peritos oficiales, brindando tal información a los jueces (y quizá sancionando a aquellos que no observen un debido comportamiento). Esta tarea podría también ser acompañada de registros por parte de los propios poderes judiciales, recabando la opinión de jueces y abogados respecto el desempeño de los expertos²².

Un punto que resulta toral tratar aquí es la participación de las partes en el nombramiento del perito oficial, existiendo al menos dos posibilidades. La primera, prever el nombramiento de un perito por acuerdo entre las partes, con independencia del resultado al que este llegará. Esta opción ha sido vista con buenos ojos porque protege la imparcialidad judicial o, bien, porque permite la iniciativa exclusiva de las partes respecto las pruebas con las que se tomará la decisión judicial. Y, claramente, podría ser adecuado siempre y cuando no se caiga en otra práctica perversa: no cuestionar ni analizar lo hecho y dicho por el perito nombrado de tal manera. La segunda forma de garantizar cierta participación de las partes en el nombramiento del perito oficial consistente básicamente en permitir su oposición a la participación de un experto por considerar que este es parcial, por lo que deberá ser recusado.

Sobre la recusación de los expertos, vale la pena hacer someramente un par de apuntes. El primero es llamar la atención sobre el común traslado de las causales de recusación de los jueces a los peritos, a la vez que se defiende que se trata de figuras muy diversas, dado que el primero toma decisiones sobre los hechos del caso, mientras el segundo no²³. El segundo apunte versa sobre el objetivo de la recusación de expertos, es decir, evitar cualquier coste de una prueba que no tendrá valor probatorio. Con esto en mente, podría cuestionarse si tiene algún sentido permitir a las partes la recusación del perito nombrado por la contraparte; y aquí, desde una visión personal, habría que tomar en cuenta la fuerza de la generalización que funda la sospecha *a priori* sobre un experto. Pues solo cuando dicha fuerza es muy sólida, entonces, tiene sentido limitar a las partes en la selección de su experto²⁴; un buen ejemplo de ello es el

15 Un ejemplo paradigmático de ello lo constituyen los casos de los bebés sacudidos, donde la comunidad médica había aceptado que a partir de la presencia de cuatro síntomas en un pequeño se podía inferir incuestionablemente que había sido sometido a una sacudida violenta y, por ello, su autor resultaba evidentemente sancionado. Véase al respecto, Deborah Tuerkheimer, "Science-Dependent Prosecution and The Problem Of Epistemic Contingency: A Study Of Shaken Baby Syndrome", *Alabama Law Review* 62, (2011).

16 Obviamente esta afirmación es una simplificación del complejo debate sobre qué es ser experto, no solo reconocido como experto. Una argumentación más desarrolla sobre el tema puede verse en Vázquez Rojas, "Sobre el perito de confianza de los jueces".

17 Pilar Ledesma Ibáñez, "La prueba pericial en la LEC: Problemática detectada en la práctica judicial", *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 12 (2006): 46.

18 Es claro que estoy asumiendo como objetivo de la institución probatoria en general la averiguación de la verdad, lo que no supone de ninguna manera que las partes compartan dicho objetivo. El mejor argumento que he encontrado para ello es de Jordi Ferrer: "solo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios". Jordi Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba* (Barcelona: Marcial Pons, 2007), 30.

Por otro lado, los incentivos de los que hablo en el texto principal se refieren a incentivos institucionales, no incentivos particulares. Obviamente cada uno de los expertos que participan en un proceso judicial podría tener sus propios intereses e incluso estos podrían ser compatibles con la averiguación de la verdad, el problema aquí es que dependemos de la buena voluntad de cada sujeto si institucionalmente no incentivamos ciertas conductas a la vez que desincentivamos otras.

19 Una propuesta de hecho realizada ya por el Partido Socialista Obrero Español en las discusiones sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000.

20 Un resultado tangible de dicha interrelación son las diferentes ediciones de los *Reference Manual on Scientific Evidence*. Sobre las comunidades de expertos, puede verse Carmen Vázquez Rojas, "Las comunidades expertas y los sesgos cognitivos de los peritos", en *Manual de prueba pericial* (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022b).

21 Hablando de las comunidades expertas, solo como un comentario añadido, una de las cuestiones urgentes es que éstas realicen estudios empíricos sobre los métodos y técnicas que los expertos particulares utilizan. Necesitamos saber cómo de hecho funcionan los métodos y técnicas que utilizan, no solo como supuestamente lo hacen. Y ese tipo de información solo se puede obtener mediante el trabajo conjunto de las comunidades de expertos.

22 Sobre el tema, puede verse Vázquez Rojas, "Sobre el perito de confianza de los jueces". Y un ejemplo sumamente interesante al respecto lo constituye la "pauta de evaluación de los informes periciales" que la Defensoría Penal Pública chilena lleva como registro de la actuación de sus peritos, siendo un registro de antecedentes que está disponible para todos los defensores y cuyos resultados tienen consecuencias para la contratación de los expertos. Para mayor información acceder al siguiente enlace: http://www.dpp.cl/pag/8/64/termines_y_condiciones

23 Excepto, claramente, en aquellos sistemas donde se prevén los llamados "jueces expertos", es decir, jueces que lo son porque tienen un conocimiento diverso al jurídico y que está en juego en los procesos judiciales que dicho órgano resuelve. Por ejemplo, nuevamente en Chile, los tribunales ambientales, conformados por dos juristas y un licenciado en ciencias con especialización en materias medioambientales.

24 En este punto, diría, estoy parcialmente de acuerdo con la crítica que hace Joan Picó i Junoy al sistema español por no permitir la recusación de los peritos de parte. Sin embargo, la idea que aquí sostengo es que siendo recusable el perito de parte, lo sea sólo por generalizaciones que permitan cuestionar de forma muy severa la conducta de éste. Joan Picó i Junoy, *La prueba pericial en el proceso civil español*, Ley 1/2000 de

caso (quizá paradigmático) del experto que es pariente consanguíneo inmediato de la parte que lo nombra, pues dados los sentimientos en juego en ese tipo de relaciones es fácil que influyan (consciente o inconscientemente) en la actuación del sujeto. Y, si esto es así, entonces por economía procesal se evita que conozca del caso un experto cuyo valor probatorio será ampliamente cuestionado.

En los últimos años se han venido presenciando en diversos sistemas jurídicos una fuerte tendencia a reducir al máximo los supuestos en que tendría cabida un perito oficial, optando como regla general por el perito seleccionado por las partes. Y, por supuesto, tiene sentido buscar un cambio dados los problemas que se han mencionado en este epígrafe, pues la situación actual, en la que el juez se encuentra sin más ante un experto seleccionado de forma imparcial, lo que no necesariamente hace que el experto en sí mismo sea imparcial²⁵, suele no satisfacer las necesidades judiciales ni las exigencias racionales para el uso de conocimiento experto. Pero en lugar de "solucionar" el problema disminuyendo la participación del perito nombrado de alguna manera por el juez en los procesos judiciales y/o directamente eliminándolo, se cree que se debe repensar la figura y aprovechar los beneficios que podría ofrecer. En esa línea, un punto clave es que el legislador renuncie a la dejadez de la selección de un perito a la suerte y directamente atribuya a los jueces la responsabilidad de decidir quién es el mejor perito en las circunstancias del sistema previsto o del caso particular. Ahora bien, de ninguna manera se está sugiriendo que el debate debería centrarse exclusivamente en esta categoría de pruebas periciales; también hay cuestiones por discutir cuando se habla

Enjuiciamiento Civil (Barcelona: Bosch Editor, 2001), 70.

25 Habría que enfatizar que se trata de una posibilidad y no que la insaculación, o cualquier mecanismo de selección dependiente de la suerte, sea garantía de ello, tal como reconoce, por ejemplo, Jordi Nieva Fenoll: "Aunque en principio quepa atribuir mayor credibilidad al perito de designación judicial, que no sabemos si es parcial, que al perito de parte, que ya sabemos que lo va a ser porque, de lo contrario, el litigante no aportaría el dictamen, entiendo que hay que prescindir de entrada de esa conclusión, porque en caso contrario se dejan de lado dictámenes de parte absolutamente bien fundamentados, y se prioriza el criterio de peritos de designación judicial que pueden acabar siendo todavía más parciales que un perito de parte." Jordi Nieva Fenoll, La valoración de la prueba (Barcelona: Marcial Pons, 2010), 288.

sobre la admisibilidad de las pruebas periciales de parte y los incentivos para mejorar su uso y a ello se dedicará el siguiente apartado.

2.2. Las partes y la información que les debería ser exigida desde el inicio

Una crítica muy generalizada hacia la figura del perito de parte es su parcialidad y, derivado de ello, un cuestionamiento *a priori* del valor probatorio de la prueba por él ofrecida. Evidentemente, si imparcialidad es definida como "la relación entre el experto y la parte por la selección como perito", *conceptualmente* el perito nombrado por el juez será imparcial y el de parte parcial. Pero incluso más allá de definiciones, dicha parcialidad de origen es estructural, pues si lo que el perito afirma no favorece a la parte que pretende introducirlo a juicio, esta simplemente no lo presentaría²⁶. Ahora bien, ese hecho no necesariamente implica que el experto será parcial cognitiva ni disposicionalmente, pese a su origen²⁷; sigue siendo totalmente factible que el peritaje ofrecido por un perito de origen parcial sea correcto y/o que un peritaje ofrecido por un perito imparcial de origen sea incorrecto. Por todas estas cuestiones, la discusión sobre el perito de parte debe ir más allá, mucho más allá, de su parcialidad de origen. Una de las líneas que se podría analizar es, por ejemplo, los límites normativos que las partes deberían observar para presentar sus pruebas periciales.

En términos muy generales, podría sostenerse que *el derecho* debería estar interesado sólo en determinado tipo de información experta que cumpla con ciertas características que se consideran indicios de su calidad. Por ejemplo, Duce afirma que "[a]l

26 Esto es una clara diferencia con el perito seleccionado de alguna manera por el juez. Favorece a ello, además, que el cúmulo mayor o menor de operaciones periciales que los expertos seleccionados por las partes deban realizar a efectos de sus conclusiones (o afirmaciones testimoniales), son realizadas fuera del proceso y sin mayores controles judiciales.

27 Por ello, en otro lugar, he defendido que cuando se habla de im/parcialidad pericial se deberían distinguir diversas situaciones que son independientes de la relación entre un experto y una parte por su selección como perito. Véase, Carmen Vázquez Rojas, De la prueba científica a la prueba pericial (Madrid: Marcial Pons, 2015), 72.

sistema legal sólo le interesa escuchar la opinión experta en la medida que ella tenga un nivel de validez importante dentro de la comunidad de especialistas a la que pertenece²⁸. Gold sostiene que "el sistema jurídico debería admitir como prueba pericial sólo aquello que la buena ciencia aceptaría como tal y nada menos que eso"²⁹. O Nieva asevera que "[...] se hace patente la necesidad creciente de que la ley, o en su ausencia los Tribunales competentes, establezcan requisitos que, al aplicarse, excluyan [...] pruebas periciales que no observen los avances y planteamientos científicos actuales"³⁰. La idea subyacente sería que sólo tienen *relevancia jurídica* aquellos conocimientos expertos que gocen de las características x o z, además de los criterios establecidos para la admisibilidad de cualquier otro tipo de elemento de prueba.

Bajo el supuesto de que el legislador efectivamente indicara a las partes que solo le serán admisibles aquellas pruebas periciales que gocen de "la aceptación general de la comunidad experta", ¿qué consecuencias tendría un criterio así? En primer lugar, conllevaría la adopción de una actitud más conservadora respecto al tipo de información que se admitiría en sede jurisdiccional, dejando fuera a lo que se ha identificado como "ciencia novel"³¹. Por ello, se trata de una decisión que debería adoptarse a nivel legislativo y no ser dependiente de las decisiones judiciales en los casos particulares, sobre todo, a efectos de respetar la seguridad jurídica del ciudadano. Y, en segundo lugar, a los tribunales les correspondería la (muy difícil) tarea de evaluar *para su admisión* si las partes han mostrado que las pruebas periciales con las que pretenden sustentar sus

28 Mauricio Duce, "Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: Un modelo para armar en la jurisprudencia nacional", en Formación y valoración de la prueba en el proceso penal (Chile: Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010), 80.

29 Alan D. Gold, Expert Evidence in Criminal Law: The Scientific Approach (Canada: Irving Law Inc, 2000), 25.

30 Jordi Nieva Fenoll, Jurisdicción y proceso (Barcelona: Marcial Pons, 2009), 402.

31 Mauricio Duce, por ejemplo, considera que la opinión emanada de la ciencia novel o en estado de desarrollo o consolidación no ha sido admitida como válida por la comunidad científica y que por ello tiene poco valor probatorio. En mi opinión, un estándar de prueba científico es distinto a un estándar de prueba jurídico, por lo que las determinaciones realizadas en un ámbito distinto al jurídico no tienen por qué ser adoptadas sin más. Duce, "Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: Un modelo para armar en la jurisprudencia nacional", 49.

afirmaciones gozan de la aceptación general de la comunidad experta. Pero, en realidad, la pregunta de fondo versa sobre el fundamento tanto para establecer filtros sobre la calidad de las pruebas periciales en la admisión, como del contenido de los criterios sugeridos; en otras palabras, hay dos discusiones relevantes en este contexto: hacer (o no) más exigente la admisión de pruebas periciales y, en caso de que se lo haga, cuál sería el criterio adecuado.

Una de las líneas argumentales que se han empleado para hacer más exigente la admisión de pruebas periciales es evitar la contaminación del juzgador de los hechos. El análisis de esta propuesta exige primero pensar en, al menos, dos posibles escenarios en los que pudieran desarrollarse las diferentes etapas procesales en atención a *cuántos* decisores participan. Así, como sucede en el sistema estadounidense, podría darse el caso de que hubiera un agente que decide la admisión de pruebas diferente al agente que valora el conjunto de pruebas (filtradas por el primero) para tomar la decisión sobre los hechos del caso. Por el contrario, el otro escenario, tradicional en el sistema continental, es aquel en el que hay un solo agente que decide ambas cuestiones, la admisión de las pruebas y su valoración. Hay quienes, en el primer escenario, presuponiendo cierta incapacidad del juzgador de los hechos, plantean que el rol del juez de admisión es excluir pruebas periciales de baja calidad para evitar una persuasión irracional de aquel, sobre todo cuando se trata de un jurado lego; sin embargo, dada la falta de información empírica que lo sustente, se dejará de lado ese argumento³². Desde una opinión personal, el problema de la contaminación del juzgador de los hechos tiene que ver más con otra cuestión relacionada con el funcionamiento intelectual del ser humano, no específicamente relacionado con las pruebas periciales. Y es que

32 Si tal incapacidad resultase verdadera, entonces se justificaría el ejercicio de un paternalismo epistémico por el juez de la causa mediante la exclusión de pruebas periciales cuya calidad sea dudosa, evitando cualquier contaminación del jurado del que se desconfía, protegiéndolo así de la formación de creencias equivocadas; aunque, claramente, la protección real y necesaria sería para las partes. Nótese que no se trataría de errores ocasionales, sino de una cuestión más bien sistemática e incluso predecible; por ello, son muchos los estudios empíricos realizados para comprobar tal incapacidad, sin embargo, los resultados han sido muy dispares, algunos de los cuales confirman la hipótesis mientras otros la niegan. Al respecto, véase Vázquez Rojas, De la prueba científica a la prueba pericial, 140 ss.

aun cuando algunas veces se es consciente de las parcialidades cognitivas propias, otras veces *no* se lo es y estas directamente "hacen ver" o valorar situaciones de una forma u otra, algunas veces de forma incluso no justificada. Para explicar mejor este punto quizá se pueda tomar como ejemplo paradigmático la información obtenida mediante pruebas ilícitas, relevantes y fiables, pero que, a causa de su ilicitud, el derecho exige excluirlas y no considerarlas en la toma de decisión. Un juez que sabe a través de tales pruebas que el acusado es culpable no siempre podrá controlar la influencia de tal conocimiento en aquello que ve y/o analiza *en el resto* de pruebas admitidas y practicadas, aun cuando consciente y voluntariamente quiera o intente hacerlo. Si esto es así, entonces, para evitar la contaminación del juzgador de los hechos, un mejor modelo sería precisamente aquel en el que un sujeto filtra la información *adecuada* con la que otro(s) decidirá(n). Así pues, el argumento de la contaminación del juzgador de los hechos podría funcionar para decidir entre un modelo con un agente decisor y uno con al menos dos decisores; pero, esa contaminación no tiene que ver necesariamente con la calidad epistemológica de las pruebas, como lo muestra el caso de las pruebas ilícitas y mucho menos con las pruebas periciales y la supuesta incapacidad de los juzgadores para valorarlas racionalmente.

¿Qué sucede en aquellos sistemas en donde un solo juez decide tanto la admisión como la valoración de las pruebas? Evidentemente, el argumento de protección ante una posible contaminación no funciona, pero podría argumentarse nuevamente la economía procesal para evitar la pérdida de recursos cognitivos, temporales y/o económicos cuando se cuestiona fuertemente la calidad de las pruebas periciales ofrecidas. La discusión aquí sería *cuándo* es claro que las pruebas periciales no tienen cierta calidad, corriendo el riesgo evidente de confundir dos etapas procesales, la admisión probatoria y la valoración de las pruebas, e imponer a las partes la obligación de probar dos veces su caso.

Por otro lado, en lo concerniente a los criterios sugeridos para hacer más exigente la etapa de admisión, vale la pena seguir tomando como ejemplo la aceptación general de la comunidad experta, dado el impacto que parece tener en la jurisprudencia y en

la dogmática procesal. En primer lugar, por supuesto, este criterio constituye un giro importante en los criterios de valoración de las pruebas periciales, al ir más allá del experto en sí mismo (sus credenciales, su personalidad o su actuación en el juicio) y valorar el conocimiento que sirve de fundamento a la técnica aludida, es decir, se pone el énfasis en la información que fundamenta lo que dice el experto y no en el sujeto que brinda dicha información. Sin embargo, en segundo lugar, como bien afirma Giannelli, quizá el mayor defecto de este criterio ha sido obscurecer sus propios problemas prácticos: ¿qué constituye un área de conocimiento o una comunidad experta?³³, ¿cómo se identifica al área o comunidad relevante?³⁴, ¿cuándo se considera que hay una aceptación y que ésta es general?³⁵

33 El término "comunidad científica" es muy vago tanto cualitativa como cuantitativamente, no resultando fácil saber cómo se constituye sustantivamente una comunidad. Por lo que toca a los criterios cualitativos, éstos pueden ser de naturaleza muy diversa, desde la mera credencial de pertenencia por haber pagado una cuota o cumplido algunos requisitos formales hasta el hecho de compartir implícita o explícitamente (en grados diversos) presupuestos de distintos tipos (teóricos, experimentales, metodológicos, etc.). Por ejemplo, Daniel Quesada considera que los investigadores que comparten todo lo siguiente forman una comunidad científica: "experiencias, formación, conocimientos, valores metodológicos y estratégicos y objetivos con otros colegas, leyendo las mismas publicaciones, participando en los mismos congresos, etc." Daniel Quesada, *Saber, opinión y ciencia* (Barcelona: Ariel, 1998), 263. Aunque quizá la idea de Quesada es intuitiva, las nociones que emplea (hipótesis, modelo, valor experimental, conocimiento, método) tienen tan diverso significado e implicaciones que resultan exigencias demasiado vagas. Además, sus puntualizaciones sociológicas (las mismas publicaciones, los mismos congresos) pueden ser cumplidas con relativa facilidad por muchos grupos diversos que no necesariamente se reconozcan como comunidad. Paul Giannelli, "The Admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States, A Half - Century Later", *Columbia Law Review*, n.º 80 (1980), 1210.

34 La decisión sobre cuál es la comunidad relevante puede llegar a ser también bastante problemática sustantivamente, por ejemplo, porque que hay pericias en las que participan áreas de conocimiento diversas que constituyen comunidades diferentes. Por citar otros ejemplos a efectos de explicitar los problemas de identificación de "comunidad", puede pensarse en el artículo 422 del Código de Procedimiento Penal colombiano, donde se alude a "la aceptación de la comunidad académica"; o Jordi Nieva Fenoll que hace referencia a la "aceptación de la comunidad científica internacional". Nieva Fenoll, *La valoración de la prueba*, 295. Evidentemente una "comunidad científica" puede ser distinta a "una comunidad académica" en la que se supone fundamentalmente objetivos de investigación y/o docencia, muchas veces con alguna adscripción a una universidad. Y, también, la alusión a una comunidad internacional introduce un parámetro cualitativo y cuantitativo diverso; además, no se puede obviar que no todas las áreas de conocimiento tienen algo que se puede identificar como "comunidad internacional". Giannelli, "The Admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States, A Half - Century Later", 1210.

35 Si, por ejemplo, pensamos en la aceptación como un criterio cuantitativo, ¿cómo debería interpretarse tal aceptación,

Incluso, si se supone que los problemas anteriores fueran salvables y que se pudiera identificar la comunidad relevante y cierto nivel de aceptación, a partir de dicha aceptación por parte de una comunidad experta, no se puede inferir la corrección o la verdad de una hipótesis, técnica, etc.³⁶: si los jueces preguntaran a aquellos que dicen leer los posos del café si dicha lectura es aceptada por la generalidad en el área relevante, la respuesta obvia sería que sí³⁷. Así pues, lo importante del criterio sería el *fundamento* que tiene la comunidad experta para afirmar lo que afirma. Y, si esto es así, entonces la etapa de admisión no es un buen momento para analizar y debatir los fundamentos subyacentes a la aceptación que una comunidad experta ostenta, a veces porque no hay una instancia designada para llevar a cabo una audiencia sobre las pruebas que se pretenden presentar y, otras veces, porque la información disponible en ese momento procesal es incompleta. Y no se puede obviar que una admisibilidad de pruebas genuinamente rígida de pruebas periciales podría ser sumamente peligrosa, al menos, en algunos casos pudiendo potencialmente dejar sin prueba o sin caso a las partes.

como una mayoría absoluta, una mayoría calificada, o una mayoría ordinaria de la comunidad científica relevante? Como sucedió, por ejemplo, en la International Astronomical Union que votó en el 2006 la definición de "planeta" que excluyó a Plutón como tal, una decisión por mayoría simple. Giannelli, "The Admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States, A Half - Century Later", 1210.

Un ejemplo jurídico al respecto proviene de la Corte Europea de Derechos Humanos, *Sheffield and Horsham v. UK* (1999), un caso donde los demandantes solicitaban al gobierno que hiciera lo necesario para que su reciente cambio de sexo se reflejara en sus diversos documentos oficiales. La Corte rechazó la petición argumentando que la investigación médica sobre la etiología transexual no tenía "el soporte o confirmación universal de una comunidad científica".

36 Como equivocadamente hace, por ejemplo, Vittorio Denti cuando afirma que "los métodos de investigación se consideran correctos sólo porque son aceptados por la generalidad de los estudiosos en un momento histórico determinado, sin excluir que dichos métodos puedan ser considerados como erróneos en un momento sucesivo." Vittorio Denti, "Cientificidad de la prueba en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º 2 -3 (1972); "Significado de la expresión. Cientificidad de la prueba", *Revista Argentina de Derecho Procesal*, n.º 4 (1972): 280. O, más recientemente, Rodrigo Rivera Morales equipara "verdadera ciencia" con "la considerada como tal por el consenso general en la comunidad científica". Rodrigo Rivera Morales, *La prueba*. Un análisis racional y práctico (Madrid: Marcial Pons, 2011), 271.

37 David Faigman, *Legal Alchemy: The Use and Misuse of Science in the Law* (New York: W.H. Freeman and Company, 1999), 62-63.

Más allá de toda esta sofisticada discusión, parece que muchas veces se pierde de vista que para tratar con conocimiento experto lo primero que habría que tenerse es información sobre la calidad del mismo. Y, por supuesto, dicha información no se limita al experto y sus credenciales, sino a los fundamentos que tiene el experto para afirmar lo que afirma. En esta línea, se diría entonces que el único criterio indispensable para la admisión de pruebas periciales de parte en atención a su calidad es que las partes brinden la información que consideran relevante precisamente sobre la calidad de estas. Así pues, conviene advertir que no se trata tanto de una *valoración* sobre la calidad de la información misma³⁸, sino acerca de *la posibilidad* de formarse un juicio sobre la calidad de la información, pues si no se sabe cuál es la calidad de los conocimientos expertos que se pretenden introducir en sede procesal, en ningún caso se podría fundar racionalmente una decisión en esas pruebas periciales³⁹.

Llegados a este punto, si se considera que la prueba pericial está conformada por las actividades periciales, el informe pericial y también las afirmaciones que el experto realiza en la práctica de las mismas, entonces esta solo puede valorarse adecuadamente, íntegramente, una vez que ha sido sometida a contradicción, precisamente durante su práctica (donde seguramente se podrán obtener más datos sobre su calidad).

38 Puesto que la etapa de admisión probatoria no debería adelantarse y/o confundirse con el juicio sobre la suficiencia probatoria, debiendo ser menos exigente que la atribución de valor probatorio o la toma de decisión sobre los hechos.

39 En esa línea cobra suma importancia regular el contenido mínimo del informe pericial. Al respecto, véase Carmen Vázquez Rojas, *Guía sobre el contenido de los informes periciales y su impacto en el debido proceso* (Ciudad de México: Consejo de la Judicatura Federal y Escuela Federal de Formación Judicial, 2023). https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/publicaciones/2023/Editoriales/Guia%20Contenido_Informes_Periciales.pdf.

3. La práctica de las pruebas periciales como clave de bóveda en la evolución de su tratamiento judicial

Es un lugar común que la práctica de las pruebas en los sistemas jurídicos continentales se debe realizar bajo el principio de contradicción, en donde, tratándose de las pruebas periciales, a los abogados les correspondería cuestionar lo hecho y dicho por los respectivos expertos. En términos generales, el principio de contradicción es concebido como una garantía de las partes, como herramienta mediante la cual pueden controlar el uso que de las pruebas hace del juez⁴⁰. Ahora bien, para que el principio de contradicción, entendido de esta manera, funcione adecuadamente es necesario un escenario en el que realmente se practique la contradicción entre las partes, donde se discuta seriamente el contenido y la calidad de las pruebas periciales (y el resto de elementos de juicio), donde cada parte "revise" las pruebas de su contraparte. Así, al respecto, Taruffo afirma que:

[...] idealmente las partes deberían poder influir sobre la decisión, en la medida en que someten al juez hipótesis racionales, aunque obviamente distintas, de valoración de pruebas.

Está claro, no obstante, que esto no sucede y que se abren espacios indefinidos de discrecionalidad incontrolada, siempre que la contradicción entre las partes se transforma en una lucha sin exclusión de golpes o en un ejercicio de retórica dirigido a influir en el juez más que a someterle a argumentos racionales.

En ciertos aspectos, el juez necesita la racionalidad de las partes para ser, a su vez, racional en la valoración de las pruebas: si las partes no utilizan correctamente las posibilidades que ofrece el principio de contradicción, la garantía se reduce a una mera ocasión de litigio y el juez tiene menos razones para ser, en solitario, racional.⁴¹

Lo anterior pone sobre la mesa un serio problema en la práctica de las pruebas cuando se concibe, por ejemplo, que son exclusivamente las partes quienes deben preguntar, mientras el juez permanece pasivo⁴². Pero cuando se trata de pruebas periciales el problema parece agudizarse si, por ejemplo, se observa lo que se aconseja en algunos manuales para el ejercicio de la abogacía: "siempre nos encontraremos en condiciones de inferioridad técnica y tendremos perdida la batalla dialéctica" con el perito de la contraparte, por lo que "es preferible que en el informe final, con la información que nos ha suministrado nuestro perito, intentemos desmontar una por una las premisas de su informe"⁴³. Es decir, el contradictorio queda reducido a nada y, con ello, muchas veces en realidad no hay una genuina práctica de la prueba pericial, sino solo una especie de confirmación de que en el expediente hay un documento firmado por un experto.

40 En el mismo sentido, Paolo Tonini se refiere a que "las partes puedan controlar el procedimiento cognitivo y decisorio del juzgador". Sin embargo, como se verá más adelante, el principio de contradicción no sólo sería una garantía e instrumento para las partes, sino un método epistemológico para poder corroborar las hipótesis en conflicto y medir la fiabilidad de las pruebas. Por lo que el contradictorio es también un mecanismo de averiguación de la verdad. Paolo Tonini, "Prova scientifica e contraddittorio", *Diritto penale e processo*, n.º 12 (2003): 1459. En esta línea, véase, también, Tonini, "Prova scientifica e contraddittorio", Ferrer Beltrán, La valoración racional de la prueba y Vázquez Rojas, De la prueba científica a la prueba pericial.

41 Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridice* (Milano: Giuffrè Editore, 1992), citado en Jordi Ferrer Beltrán, *La prueba de los hechos* (Madrid: Trotta, 2002), 434-435.

42 Como bien afirma Javier Hernández García: "[a]nte la prueba pericial científica el juez no puede mostrarse pasivo, cuando, por ejemplo, no alcanza a entender las conclusiones o bases metodológicas de las mismas... [E]n estos casos, la intervención aclaratoria del juez deviene obligada. El juez no puede permitir que la ciencia transite sin control cognitivo alguno por el proceso... La indagación formativa del tribunal, sobre todo en relación a la prueba científica, siempre que no comprometa las cargas de aportación probatoria que incumbe a las acusaciones, constituye una exigencia del modelo de adquisición que deja incólume el principio-deber de imparcialidad." Javier Hernández García, "Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?", *Jueces para la Democracia*, n.º 54 (2005): 80.

43 Jordi Estalella Del Pino, *El abogado eficaz* (Madrid: La Ley, 2014), 279.

Por mor del argumento, si se supone por un momento que efectivamente las partes no tienen nada que objetarse respecto las pruebas periciales contradictorias que han presentado, lo que ya en sí mismo es difícil de creer, pero aun asumiéndolo falta por saber si el juez, quien tiene que resolver el caso habiendo comprendido todos los elementos de juicio presentados y practicados, tiene alguna duda (siquiera de clarificación) sobre lo afirmado por los expertos. Un escenario donde la práctica de las pruebas depende exclusivamente de las partes y estas no lo ejercen adecuadamente es un escenario perverso y/o irracional para los juzgadores. Es perverso porque incentiva, sin lugar a dudas, a que aquel juez preocupado por hacer bien su labor busque información en otros sitios para comprender lo que los expertos le están diciendo y, por supuesto, sin que las partes tengan oportunidad para conocer y debatir tal información; o es irracional porque si el juez no entiende el material con el que tiene que decir, de ninguna manera podrá decidir adecuadamente sobre el caso mediante un soliloquio en la soledad de su despacho⁴⁴. Así pues, antes de dejar a las partes decidir si solicitan o no la comparecencia del perito de la contraparte o incluso del perito oficial, debería preverse que si el perito no comparece a la práctica en contradicción de su informe pericial, entonces se tendrá por no presentada la prueba y de ninguna manera podrá ser utilizado el informe para la decisión sobre el caso⁴⁵.

Sin embargo, prever la presencia del perito en audiencia es solo el inicio, hace falta contar con herramientas para aprovechar al máximo dicha comparecencia y, para ello, habría que contar con, al menos, tres posibilidades:

44 En opinión de Pilar Ledesma Ibáñez: "... cuando la pericia versa sobre hechos no controvertidos (vgr. la valoración de daños en un juicio sobre circulación en el que sólo se discute la responsabilidad pero no su extensión cuantitativa), un elemental principio de economía procesal debe permitir al juzgador desatender una posible petición de la parte de convocar a juicio al perito (situación, por otra parte, poco probable) o, cuanto menos, sugerir a la parte la innecesariedad de dicha presencia." Ledesma Ibáñez, "La prueba pericial en la LEC.: Problemática detectada en la práctica judicial", 41. Esto, en mi opinión, presupone una concepción del principio de contradicción como mera herramienta de las partes y no del juez, mermando así las herramientas que tiene el juez para la búsqueda de la verdad.

45 Esta regla general podría tener algunas excepciones, básicamente constituidas por exámenes mecanizados y estandarizados como el análisis de la pureza de las drogas o el alcoholímetro, siempre y cuando las partes no las cuestionen.

que los jueces también pregunten, que los abogados sean auxiliados por sus expertos durante el contradictorio y/o que haya un careo pericial. Estas tres cuestiones comparten entre sí una dinámica dialéctica entre los sujetos participantes, en donde hay preguntas y respuestas constantes y, en ese sentido, podría decirse que se actúa bajo el principio del contradictorio. La diferencia radicaría entonces en quiénes son los participantes del mismo y, por ello, a qué se les faculta y qué límites se les pretende imponer en dicha dinámica dialéctica. Y, por supuesto, no necesariamente en cada uno de los casos deberían accionarse los tres.

La presencia del perito debería permitir un mejor acercamiento del juzgador a la información experta, antes de cuestionarse o preocuparse por su capacidad para valorar adecuadamente las pruebas ofrecidas como científicas o expertas. No se puede despreciar la oportunidad que representa un espacio donde el juzgador pudiera plantear las preguntas que considerase oportunas para disipar sus dudas, comprobar que ha entendido el informe pericial o incluso desafiar al perito (por ejemplo, usando otro tipo de pruebas que ya hubiesen sido practicadas). Todo ello con el objetivo de obtener información sobre el informe pericial admitido, comprenderlo y poder atribuirle el valor probatorio correspondiente. Ahora bien, no se trata de convertir al juez en una especie de pseudoexperto, sino que use su *background* y el conocimiento sobre los hechos del caso concreto, que en ese momento ya tiene mediante otro tipo de pruebas, para cuestionar al experto⁴⁶. Después de todo el cuestionamiento puede dirigirse exclusivamente a lo hecho y dicho en el caso concreto por el experto, no generalizaciones independientes a los hechos del caso.

Hay una situación que podría también tener lugar, sobre todo cuando se trata de pruebas periciales sumamente complejas: que las dudas del juez sean de tal envergadura que le sea imposible siquiera una comprensión mínima del contenido del informe pericial dada la complejidad de la materia⁴⁷. ¿Qué

46 Puede verse un ejemplo de posibles preguntas sustantivas (a efectos de comprender) a un experto en un caso específico en Vázquez Rojas, De la prueba científica a la prueba pericial, 190 y ss.

47 Según Jordi Nieva Fenoll, de hecho "solemos

recurso podría ofrecérsele a un juez en tales condiciones? Por ejemplo, el sistema estadounidense prevé los llamados *technical advisors*, cuyo objetivo es informar al juez sobre aspectos básicos de una materia, incluso cuestiones netamente conceptuales⁴⁸. Vale la pena notar que este experto no funge como perito, pues no tiene acceso directo a la cosa litigiosa y, precisamente por ello, no es sujeto de *cross examination*. Se trata, entonces, de un genuino auxiliar del juez, exclusivamente para apoyarlo con conocimiento general sobre un área de conocimiento que le permita comprender las particulares periciales que se practicarán y que deberá valorar.

Aún en escenarios donde el juez logra entender una prueba pericial, sigue siendo constante en la dinámica de las pruebas periciales la presentación de informes periciales sosteniendo tesis totalmente diferentes u opuestas respecto de la cuestión consultada. También es constante ante tal situación escuchar (o leer) que al menos alguno de los peritos debe estar siendo parcial, aludiendo con ello generalmente a la parcialidad de origen. Sin embargo, tal desacuerdo podría tener otra explicación, por ejemplo, porque dos peritos han considerado información diferente durante el desarrollo de sus operaciones periciales y ello se ha reflejado obviamente en sus conclusiones. Esta situación podría tener cabida en las pruebas periciales de parte porque cada una de ellas le ha brindado al experto solo parte de la información que considera relevante o incluso que, dado que la pericial fue realizada al inicio del proceso judicial, en realidad la información con que se contaba en esa etapa procesal era menor a diferencia de la que se tiene una vez avanzado este. Ese tipo de desacuerdos serían en realidad aparentes, puesto que, una vez que el experto se da cuenta de la deficiencia, algo debería cambiar en su razonamiento. La identificación de este

encontramos [...] a un juez que no posee la formación necesaria ni tan siquiera para entender debidamente el dictamen. Y ello no es una crítica, sino que es perfectamente habitual y hasta lógico en muchos casos." Nieva Fenoll, La valoración de la prueba, 285. Por supuesto, hecho este reconocimiento, lo importante es ver cómo lo solucionamos, qué herramientas brindamos al juez para que realice su función.

⁴⁸ Al respecto véase, The Harvard Law Review Association, Harvard Law Review 110, n.º 5 (1997): 941; y National Research Council, Reference Manual on Scientific Evidence (Washington, DC: The National Academies Press, 1994).

tipo de parcialidad puede tener lugar en la práctica de las pruebas, dado que es entonces cuando el juez debería conocer mejor el caso, incluso porque ya ha obtenido más información mediante el contradictorio de otras pruebas.

A veces –se debe enfatizarlo–, para plantear preguntas sobre posibles diferencias en la información considerada, basta con conocer el caso. Otras veces, en cambio, los desacuerdos entre los expertos pueden ser genuinos, no solo aparentes; por ejemplo, cuando se tienen concepciones diversas sobre alguno de los fundamentos necesarios para realizar una prueba pericial. A diferencia de los anteriores desacuerdos, aquí se estaría ante un problema relacionado con generalizaciones independientes a los hechos del caso y, precisamente por ello, se trata de una situación más compleja que la anterior. ¿Cómo podría un letrado o el mismo juez cuestionar adecuadamente a los expertos que tienen un desacuerdo de este tipo?, ¿no debería ser otro experto quien realice el contradictorio correspondiente?

De hecho, algunos sistemas han previsto una peculiar figura que subsanaría esta dificultad, los "consultores técnicos", previstos por ejemplo en el ordenamiento procesal mexicano, y cuya labor es auxiliar a las partes científica, artística o técnicamente en las audiencias en atención a las circunstancias del caso. Ahora bien, el ordenamiento mexicano no establece ningún lineamiento sobre los consultores, dejando abiertas relevantes cuestiones: ¿deben reunir algún(os) requisito(s) semejante(s) a los de un perito?, ¿pueden intervenir directamente (no sólo a través del abogado) en las audiencias?, ¿son susceptibles de algún tipo de control bajo el principio de contradicción o solo son ellos quienes pueden ejercerlo confrontando al perito? Todo esto podría, evidentemente, solventarse de manera relativamente fácil, pero el punto neurálgico es otro: en lugar de descongestionar, enfatizan los problemas al introducir más y más información sin controles.

En lugar de crear figuras que generan más ruido, el sistema podría replantearse la asimilación que tradicionalmente se hace de la prueba pericial con la prueba testimonial, específicamente en lo referente a su práctica. Efectivamente, varios ordenamientos prevén la participación de los expertos de

parte, por ejemplo, en la realización de las operaciones periciales que efectúa un perito oficial; sin embargo, luego, cuando se van a practicar las pruebas, se ha regulado que los correspondientes expertos no tengan contacto mutuamente, tal y como sucede con los testigos. Esta disposición que, claramente, no evita el contacto entre los expertos, que ya tuvo lugar en la realización de las operaciones periciales, podría ser explicada con la idea de que los peritos, incluidos los de parte, son auxiliares del juez obligados a poner al servicio de este su conocimiento especializado, por lo que no pueden auxiliar a la parte que lo contrató y considerar sus intereses. Una aspiración que no tiene ningún sentido cuando se trata de un perito de parte que es contratado precisamente para apoyar la hipótesis de la misma, no auxiliar al juez⁴⁹. Pero la limitación de la participación de los expertos en la práctica misma de las pruebas también podría explicarse en el afán de no dar espacio al desacuerdo entre los expertos en la arena procesal.

Tanto en la regulación como en el análisis de la prueba pericial en general, parece haber un particular interés en *evitar* tener que resolver de alguna manera posibles disputas entre expertos, dándose muchas veces incluso una clara preferencia por el uso de un único experto. Para seguir con la legislación mexicana, por ejemplo, está la figura del perito tercero en discordia, que es aquel nombrado por el juez cuando hay un desacuerdo entre dos peritos previamente nombrados⁵⁰. Aunque la legislación nada dice al respecto, en la práctica esta figura se convirtió en un comodín numérico para los juzgadores, pues terminan decidiendo conforme a las mayorías. Evitar simplemente

⁴⁹ Quizá sería adecuado hilar un poco más fino para evitar la ambigüedad "proceso-producto" que podría subyacer a la idea de "auxiliar" al juez. Un perito, dado que la información que brinda es de calidad, puede finalmente ayudar (indirectamente) al juez a tomar la decisión, una vez que éste valora lo hecho y dicho por aquel. En cambio, un perito que auxilia al juez durante el proceso sería aquel que realiza las operaciones periciales necesarias para responder a las necesidades epistémicas de un caso que han sido identificadas por el propio juez. Podría ser el caso que un perito que auxilia durante el proceso al juez, termine no incidiendo en su decisión y, en ese sentido, resulta que no le ha auxiliado.

⁵⁰ Una figura parecida se encuentra también en la legislación civil española, ordenar de oficio una pericial en las diligencias finales; pero también en la penal, así el artículo 484 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, que dice "Si los peritos estuvieren discordes y su número fuere par, nombrará otro el Juez".

a toda costa gestionar tales situaciones no es una forma epistemológicamente satisfactoria de resolver las dificultades que presenta el testimonio pericial: obviamente, evitar un problema no es resolverlo. Y la tozuda realidad sigue mostrando que uno de los problemas más cotidianos en la prueba pericial son precisamente los *desacuerdos*.

Desde un criterio personal, el mecanismo ideal para gestionar específicamente los desacuerdos entre los expertos es el careo pericial. Si bien, no se cree que en todos los casos sea "el mejor mecanismo para poner en entredicho la validez o acierto del dictamen"⁵¹, sí se considera que "la contradicción de conocimientos entre personas de similares características profesionales permitirá al juez valorar mejor el contenido del dictamen pericial". Ahora bien, una de las preocupaciones que puede generar, y con razón, un careo entre peritos es terminar convirtiendo el escenario procesal en un cuadrilátero de estériles y/o complejos debates académicos. Pero creo que es muy factible adelantarse a tales situaciones para intentar evitarlas. Un estupendo ejemplo de ello es el artículo 35.12 de las *Civil Procedure Rules* del Reino Unido, titulado "discusiones entre expertos", que para lo que aquí interesa, a la letra dice:

Los tribunales pueden, en cualquier etapa, ordenar una discusión entre los expertos con el propósito de requerirles:

identificar y discutir las cuestiones expertas en el procedimiento; y

de ser posible, llegar a una opinión acordada sobre tales cuestiones.

Los tribunales pueden especificar las cuestiones sobre las cuales los expertos deben discutir.

Los tribunales pueden pedir que en seguimiento de la discusión entre los expertos éstos deben preparar un informe donde presenten los puntos en los que:

están de acuerdo; y

⁵¹ Picó i Junoy, La prueba pericial en el proceso civil español, Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, 158.

no están de acuerdo, con un resumen de las razones del desacuerdo.

Por supuesto, tratándose de una legislación en materia civil en un sistema del *common law*, el rol de las partes es especialmente neurálgico. Por ello, el consentimiento de las partes, según la propia legislación, es determinante para que el contenido de la discusión entre los expertos pueda ser requerida durante el juicio oral, o para que los acuerdos a los que pudiesen llegar los expertos durante sus discusiones obliguen de alguna manera a las partes. Pero más allá de discutir las consecuencias de un posible careo o discusión entre los expertos, lo interesante es concebir la mera posibilidad de tal discusión.

En todo caso, un careo de este tipo se podría ordenar a efectos de determinar el objeto de la prueba pericial y/o los métodos o técnicas que se deberían utilizar, por lo que debería ocurrir antes de la formación de la prueba. Ello, por ejemplo, podría evitar desacuerdos aparentes entre los expertos por haber utilizado información diversa para realizar su tarea, pues ya habrían acordado cómo se deberá realizar una prueba pericial. También podría servir para abordar alguna cuestión que, en opinión del tribunal, merezca mayor discusión una vez practicadas las pruebas periciales ofrecidas y donde se de voza a todos los peritos participantes. Y, sobre todo, el careo entre peritos debería permitir identificar cuáles son los desacuerdos y los acuerdos entre los peritos y, por supuesto, las razones que ellos mismos identifican como explicativas de ello. Para ello, el informe previo que pudieran presentar los expertos permitirá a los jueces centrar su atención en los puntos más relevantes.

Todo lo anterior, por cierto, presupone que en la práctica de la prueba pericial realizada por un perito este es llamado a la audiencia probatoria y no para una mera ratificación del informe pericial o la simple repetición oral del mismo, sino que es llamado a efectos de *explicar* adecuadamente su dictamen resolviendo cualquier duda que pudiese haber al respecto. En ese contexto, el tipo de mecanismos dialécticos referidos aquí, adecuadamente concebidos, podrían ayudar a la mejor comprensión por parte del juez, a que las partes se aseguren precisamente de dicha comprensión y, por supuesto, para una adecuada valoración de la prueba. Desde

luego, prácticamente cualquier explicitación sobre el razonamiento experto de los peritos y el razonamiento probatorio del juez será mejor, lo vuelvo a decir, que un soliloquio judicial.

Hasta aquí se ha intentado mostrar la importancia del planteamiento de dudas e incluso desafíos a una prueba pericial durante su práctica mediante dinámicas dialécticas que, por su naturaleza, no pueden ser sustantivamente previstas con anticipación, pues dependerán de cada caso concreto, de los abogados y los jueces respectivos⁵². Y precisamente por ello, por ejemplo, no tiene sentido que el legislador se ocupe de establecer las preguntas que se deberían plantear⁵³; o limitar el contradictorio a preguntas previamente planteadas por las partes, como sucede de manera más tradicional en sistemas escritos⁵⁴. En esa misma línea, tampoco tendría razón de ser una delimitación del número de veces que las partes puedan preguntarse mutuamente, pues dependerá de la satisfacción que se encuentre en la respuesta correspondiente del perito. En resumen, pues, hay que prever mecanismos y abstenerse de limitarlos con formalidades innecesarias.

⁵² Coincido con Fernando Zubiri de Salinas en que es aquí donde cobran suma importancia los posibles conocimientos expertos del juez, y no en la determinación de si una prueba pericial de parte es necesaria (o no) y, por tanto, admisible (o no). Pues un juez que cuenta con formación especializada útil, en la discusión sobre la calidad de una prueba pericial de parte podrá realizar preguntas más atinadas que le lleven a recabar información adecuada para una mejor comprensión del contenido testimonial que, a su vez, facilite la atribución de valor probatorio a la prueba pericial de parte. También por ello deberíamos preocuparnos más porque en la formación continua de nuestros jueces se incluyan al menos cursos sobre las pruebas periciales más. Fernando Zubiri de Salinas, "Valoración de la prueba pericial", Cuadernos de derecho judicial, n.º 12 (2006): 238 ss.

⁵³ Como, por ejemplo, el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal colombiano que, a la letra, dice: "instrucciones para interrogar al perito. El perito deberá ser interrogado en relación con los siguientes aspectos: 1. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento teórico sobre la ciencia, técnica o arte en que es experto. 2. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento en el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto. 3. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento práctico en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables. 4. Sobre los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación. 5. Sobre los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso. 6. Sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza. 7. La corroboración o ratificación de la opinión pericial por otros expertos que declaren también en el mismo juicio, y 8. Sobre temas similares a los anteriores."

⁵⁴ Este es uno de los puntos que, en mi opinión, suponen como mejora los sistemas orales frente a los escritos, pues la oralidad permite prever una mejor práctica en contradicción.

4. A manera de conclusión

Los jueces deben satisfacer su función de valorar las pruebas periciales que se les presentan, pese a no ser especialistas en el área de conocimiento del perito. El objetivo, por cierto, no es que el juez valore o sea conocedor de dicha área de conocimiento, sino que comprenda las afirmaciones que los expertos realizan sobre los hechos de un caso concreto. En ese sentido, su tarea es limitada, aunque no por ello fácil.

Sin embargo, la actitud que parece haberse asumido en la cultura jurídica de tradición romano-germánica, consistente en disculpar de distintas maneras el carácter lego del juez y su incompreensión sobre lo dicho y hecho por un experto, no se corresponde de ninguna manera con el derecho que tienen las partes a obtener una decisión racionalmente motivada sobre los hechos. Por ello, no se puede seguir asumiendo los costos de supuestos déficits cognitivos de los jueces, sino que se debe incentivar su comprensión de las afirmaciones periciales y, con ello, la racionalidad de sus decisiones. Dicho objetivo debe buscarse también en el diseño procesal que sirve de marco para la admisión y práctica de este tipo de elementos de juicio.

Con ese objetivo en mente, en la discusión sobre la etapa de admisión vale la pena distinguir entre aquello que tiene sentido hacer cuando se está frente a la figura de un perito de alguna manera seleccionado por el juez y cuando se trata de un perito de parte. Así, cuando se trata de un perito nombrado de alguna manera por el juez es indispensable que este sea el responsable de dicha selección, es decir, que se cerciore de la confiabilidad del experto que participará en un proceso judicial y motive dicha decisión; y, para ello, se deberá desarrollar instrumentos que le brinden toda la información que tal decisión exige. En cambio, cuando se trata de un perito de parte que es libremente seleccionado por esta, la cuestión fundamental es la obligación de presentar, desde el inicio, información sobre los fundamentos de una prueba pericial, pues solo así se puede exigir y esperar un buen tratamiento de las afirmaciones de ese tipo de expertos.

Por otro lado, en lo que respecta a la práctica de las pruebas periciales, si el objetivo es incentivar institucionalmente la comprensión de los jueces, los soliloquios judiciales de ninguna manera favorecen el uso racional de conocimiento experto como fundamento de una decisión judicial. Por ello, habría que propiciar la participación de jueces, partes y peritos en la audiencia respectiva, no para que se repita lo ya dicho por escrito, sino para hacer un ejercicio dialéctico que permita a todos presentar y defender sus argumentos. Ahora bien, la diversidad de las pruebas periciales que tienen cabida en el proceso judicial y los distintos grados de complejidad de las mismas ameritan que se cuente con distintas herramientas para situaciones diversas, fundamentalmente la posibilidad de que los jueces pregunten, la posibilidad de que las partes consulten permanentemente a sus peritos y la posibilidad de que los propios peritos puedan debatir entre ellos. La previsión de estas opciones dentro de una legislación permitirá una gestión racional de los desacuerdos periciales, pero también comprender las afirmaciones no debatidas por los expertos.

Es claro que un marco normativo como el propuesto aumenta los costos en la toma de decisión judicial con conocimiento experto. Sin embargo, seguir con sistemas basados en supuestos déficits cognitivos de los jueces, en una supuesta calidad de los expertos que participan en el proceso y en una sólo supuesta valoración racional de las pruebas periciales, también tiene costos. Y, atreviéndose a decirlo, la ignorancia suele ser mucho más costosa que el conocimiento.

Bibliografía

- Abel Lluch, Xavier. "La prueba pericial". En *La prueba pericial*. Barcelona: J.M. Bosch, 2009.
- Allen, Ronald Jay. "The Conceptual Challenge of Expert Evidence". *Law and Economics Series*, n.º 12-15 (2012): 41-65.
- Cecil, Joe S. y Thomas E. Willging. *Court-Appointed Experts: Defining the Role of Experts Appointed Under Federal Rule of Evidence 706*. USA: Federal Judicial Center, 1993.
- Champod, Christophe y Joelle Vuille. "Scientific Evidence in Europe. Admissibility, Appraisal and Equality of Arms, Comparative Study on Scientific Evidence Drawn Up to the Bureau of the Council of Europe's: European Committee on Crime Problems". *International Commentary on Evidence* 9, n.º 1 (2010).
- Denti, Vittorio. "Cientificidad de la prueba en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador". *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º 2 -3 (1972).
- . "Significado de la expresión. Cientificidad de la prueba". *Revista Argentina de Derecho Procesal*, n.º 4 (1972).
- Duce, Mauricio. "Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: Un modelo para armar en la jurisprudencia nacional". En *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Chile: Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010.
- Dwyer, Déirdre. *Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Estalella Del Pino, Jordi. *El abogado eficaz*. Madrid: La Ley, 2014.
- Faigman, David. *Legal Alchemy: The Use and Misuse of Science in the Law*. New York: W.H. Freeman and Company, 1999.
- Ferrer Beltrán, Jordi. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002.
- . *La valoración racional de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- Giannelli, Paul. "The Admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States, A Half - Century Later". *Columbia Law Review*, n.º 80 (1980).
- Gold, Alan D. *Expert Evidence in Criminal Law: The Scientific Approach*. Canada: Irving Law Inc, 2000.
- Hernández García, Javier. "Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?". *Jueces para la Democracia*, n.º 54 (2005).
- Larsen, Allison Orr. "Judicial Factfinding in an Age of Rapid Change: Creative Reforms from Abroad". *Harvard Law Review*, n.º 130 (2017).
- Ledesma Ibáñez, Pilar. "La prueba pericial en la LEC.: Problemática detectada en la práctica judicial". *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 12 (2006).
- López Castillo, Magdalena y José Antonio Díaz Cabiale. "La conversión de la prueba pericial en documental, artículo 788.2.II LeCrim". *Jueces para la democracia*, n.º 46 (2003): 67-74.
- Marinoni, Luiz Guilherme y Sérgio Cruz Arenhart. *Prova*. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- National Research Council. *Reference Manual on Scientific Evidence*. Washington, DC: The National Academies Press, 1994.
- Nieva Fenoll, Jordi. *Jurisdicción y proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2009.
- . *La valoración de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons, 2010.
- Picó i Junoy, Joan. *La prueba pericial en el proceso civil español, Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*. Barcelona: Bosch Editor, 2001.
- Quesada, Daniel. *Saber, opinión y ciencia*. Barcelona: Ariel, 1998.
- Rivera Morales, Rodrigo. *La prueba. Un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Serra Domínguez, Manuel. *Estudios de derecho procesal*. Barcelona: Ariel, 1969.
- The Harvard Law Review Association. *Harvard Law Review* 110, n.º 5 (1997).
- Tonini, Paolo. "Prova scientifica e contraddittorio". *Diritto penale e processo*, n.º 12 (2003).
- Tuerkheimer, Deborah. "Science-Dependent Prosecution and The Problem Of Epistemic Contingency: A Study Of Shaken Baby Syndrome". *Alabama Law Review* 62, (2011).
- Vázquez Rojas, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- . "Sobre el perito de confianza de los jueces". *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo* 9, n.º 18 (2017).
- . "Admisibilidad de la prueba pericial". En *Manual de razonamiento probatorio*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
- . "La práctica de la prueba pericial". En *Manual de razonamiento probatorio*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
- . "Las comunidades expertas y los sesgos cognitivos de los peritos", en *Manual de prueba pericial* (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022b).

———. *Guía sobre el contenido de los informes periciales y su impacto en el debido proceso*. Ciudad de México: Consejo de la Judicatura Federal y Escuela Federal de Formación Judicial, 2023. https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/publicaciones/2023/Editoriales/Guia%20Contenido_Informes_Periciales.pdf.

Zubiri de Salinas, Fernando. "Valoración de la prueba pericial". *Cuadernos de derecho judicial*, n° 12 (2006): 219-259.

Víctor Hugo García¹
Nicolás Omar Vargas²

ESTÁNDARES SOBRE PRUEBA PENAL

EN LA JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS

1. Introducción

El abordaje científico de la incorporación de la prueba en el proceso penal constituye una materia que llamó tempranamente la atención de los académicos hispanohablantes. Así, hacia finales del siglo XIX algunos catedráticos españoles no sólo tradujeron el fundamental "Tratado de la Prueba en Materia Criminal" de Carl Anton Joseph Mittermaier (1878-1867), sino que se ocuparon de actualizarlo relacionándolo con la obra de autores fundamentales del derecho español, como la del también traductor de Adolf Merkel³ (1836-1896), Pedro Dorado Montero (1861-1919)⁴.

¹ Doctorando en el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset (Reino de España) bajo la dirección del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Enrique Bacigalupo Zapater. Magister por la Universidad de Estocolmo (Reino de Suecia). Abogado y Procurador por la Universidad de Buenos Aires. Subdirector de "Ícaro. Revista de ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro". Correo de contacto

² Doctor en Derechos Humanos (Universidad Nacional de Lanús). Subdirector y docente de la diplomatura en derecho procesal penal de la Universidad Nacional de José C. Paz. Docente e investigador de las Universidades Nacionales de Buenos Aires y José C. Paz. Defensor público coadyuvante de la Defensoría General de la Nación (Argentina). Correo electrónico: nicolasvargas7@gmail.com

³ Enrique Bacigalupo, "La recepción de la dogmática penal alemana en España y Latinoamérica", *Indret-Revista para el análisis del Derecho*, n.° 2 (2019): <https://indret.com/la-recepcion-de-la-dogmatica-penal-alemana-en-espana-y-latinoamerica/>.

⁴ Carl Joseph Anton Mittermaier, *Tratado de la Prueba en Materia Criminal o Exposición comparada de los principios en materia criminal y sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc. etc.* Seguido de un extenso apéndice sobre la prueba en el derecho criminal con arreglo a las leyes vigentes en España, trad. Primitivo González del Alba (Madrid: Hijos de Reus, 1906).

Desde finales del pasado siglo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH o Corte) ha invertido un considerable trabajo ahondando en estas cuestiones. En este sentido, se ha precisado que los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ofrecen importantes lineamientos sobre como los Estados parte puede implementar, a nivel local y de forma efectiva y adecuada, los derechos individuales contenidos en los instrumentos regionales⁵.

El presente trabajo pretende abordar los estándares que surgen de la jurisprudencia de la Corte IDH en lo que hace a la prueba penal. En concreto, y a través de un análisis bibliográfico-documental, se pretende ver qué es lo que viene diciendo la Corte Interamericana sobre la cuestión y cómo repercute ello en la aplicación que los Estados deben hacer de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. O, para decirlo de un modo más llano, cuáles son los estándares en materia de prueba penal que derivan de la jurisprudencia interamericana.

Es necesario enfatizar que el objeto de estudio está ceñido a las cuestiones penales, quedando fuera de este estudio aquellas cuestiones que hacen a la prueba de los hechos en el ámbito del litigio ante el sistema interamericano de derechos humanos, como también sucede lo propio con otras temáticas sobre las cuales se expide la jurisprudencia de la Corte IDH, considerando que ese tribunal extendió el alcance del debido proceso a los asuntos no penales en su jurisprudencia.

Cabe, por último, agregar que el presente abordaje proporciona un primer acercamiento al tema y por cuestiones de extensión se limita a los estándares que surgen de la jurisprudencia interamericana, más allá de mencionar, mas no sea al pasar, algunas discusiones teóricas vinculadas. Es por esto, que se identifican cuatro campos de estudio: 1) Las obligaciones que surgen en materia de recolección de prueba durante la investigación de los delitos, volviendo sobre las obligaciones en materia de debida diligencia que tienen los Estados; 2) El estándar de debida diligencia aplicado a los delitos relativos a la violencia contra la mujer; 3) La valoración de la prueba en relación a la violencia contra la mujer; y, 4) La valoración de la prueba en el juicio por jurados, considerando las peculiaridades de ese sistema de enjuiciamiento.

5 Rosa M. Celorio, "The Rights of Women in the Inter-American System of Human Rights: Current Opportunities and Challenges in Standard-setting", trad. Víctor-Hugo García, *University of Miami Law Review* 65, n.º 3 (2011): 819-866.

2. Estándares sobre prueba penal de la jurisprudencia de la Corte Interamericana

2.1. La recolección de prueba durante la investigación

Se afirma que el tratamiento del estándar de la *debida diligencia* en el derecho internacional comenzó su desarrollo en tiempos de Hugo Grotius (1583-1654) y de otros autores del siglo XVII⁶. Por esto, un tema que merece especial atención en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, particularmente en los últimos tiempos, es su aplicación en materia de investigación penal, concretamente en los primeros momentos, es decir, cuando corresponde asegurar los medios de prueba para que la investigación llegue a buen puerto, dado que las omisiones e irregularidades que se pueden cometer en la investigación pueden impactar de modo negativo en las perspectivas de esclarecimiento del hecho⁷.

Existe un ineludible deber para los Estados de investigar, que se potencia en aquellos casos en los cuales se presenta una violación a los derechos humanos, que no puede ser degradada a una mera formalidad, ni menos aún depender de la iniciativa de las víctimas o sus familiares y allegados; sin perjuicio, claro está, del reconocimiento de los derechos con que cuentan en el marco del proceso penal, entre los que se encuentra el de aportar elementos para la investigación. Si bien al investigar, el Estado está frente a una obligación de medios y no de resultado, existen algunas obligaciones que surgen de la jurisprudencia interamericana que deben ser observadas, en cuanto a la debida diligencia que debe guiar a la investigación⁸; que deber ser llevada

adelante de modo serio, objetivo y efectivo y estar orientada a la determinación de la verdad y a la eventual detención, juzgamiento y castigo de los autores⁹.

En aquellas investigaciones penales de hechos vinculados a violaciones a los derechos humanos, de acuerdo con la Corte IDH, se deben observar algunos principios elementales, tales como obtener y preservar material probatorio, identificar testigos y obtener sus declaraciones, e investigar la escena del crimen, poniendo esta tarea en profesionales idóneos en la materia que deben aplicar los procedimientos adecuados¹⁰. Aquello impacta en algunos supuestos específicos que fueron abordados por la jurisprudencia interamericana.

La investigación de los casos de desaparición forzada de personas debe ser realizada, de acuerdo a la Corte IDH, siguiendo algunas pautas específicas. Además, de la obligación para las autoridades estatales de colaborar en la recolección de prueba aportando la información que se solicite, deber que, por cierto, es extensible a otros casos y, como contrapartida, implica que las autoridades cuenten con facilidades para producir prueba¹¹. En lo que aquí interesa, cabe agregar que el Estado debe llevar adelante una investigación diligente, que evite omisiones en la recolección de prueba y que siga aquellas líneas de investigación que sean lógicas. Para que ello sea posible, las autoridades que lleven adelante la investigación deben contar con los recursos del orden logístico y científico necesarios para cumplir su tarea¹².

9 Corte IDH, "Sentencia de 11 de octubre de 2019 (Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso Valenzuela Ávila Vs. Guatemala, 11 de octubre de 2019, párr. 130.

10 Corte IDH, "Sentencia de 28 de noviembre de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México, 28 de noviembre de 2018, párr. 222; y, "Sentencia de 26 de marzo de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras, 26 de marzo de 2021, párr. 106.

11 Corte IDH, "Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, 24 de noviembre de 2009, párr. 144; y, "Sentencia de 31 de agosto de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso Contreras y otros Vs. El Salvador, 31 de agosto de 2011, párr. 171.

12 Corte IDH, "Sentencia de 31 de agosto de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso Contreras y otros Vs. El Salvador, párr. 145; y, "Sentencia de 26 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú, 26 de noviembre de 2013, párr. 244.

6 Jan Arno Hessbruege, "The Historical development of the doctrines of attribution and due diligence in international law", *New York University Journal of International Law* 36, (2004): 265-306.

7 Corte IDH, "Sentencia de 9 de marzo de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso Noguera y otra Vs. Paraguay, 9 de marzo de 2020, párr. 82.

8 Corte IDH, "Sentencia de 23 de noviembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú, 23 de noviembre de 2015, párr. 131; y, "Sentencia de 3 de junio de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso Guerrero, Molina y otros Vs. Venezuela, 3 de junio de 2021.

Cuando se trata de un homicidio, a la hora de investigarlo existen obligaciones, que marcan a las primeras diligencias, que hacen al tratamiento que corresponde dar a la escena del crimen, al levantamiento y tratamiento del cadáver y su necropsia, así como al respeto de la cadena de custodia de todo elemento de prueba y que tiene por finalidad asegurar la adecuada conservación de los elementos probatorios¹³. En un caso, se ha puesto como ejemplo algunas circunstancias que dan cuenta del incumplimiento de esas obligaciones y que vale la pena mencionar, por ser ilustrativas, estas son: una inadecuada preservación y acordonamiento de la escena del crimen, que generó su contaminación por la gran cantidad de personas presentes; fotos, videos y croquis deficientes que no pueden dar cuenta del lugar donde el hecho se produjo; o que las manos del cadáver no hayan sido protegidas para analizar si había restos de un disparo pese a tener un arma en sus manos¹⁴. En lo que hace a las autopsias, además de señalarse que su finalidad es recoger información que permita la identificación de la persona fallecida, así como la dilucidación de las causas de la muerte, se sostiene que debe realizarse bajo ciertas condiciones: se debe indicar fecha, hora y lugar de realización, y el nombre del funcionario que la realiza, como también se debe fotografiar de modo adecuado al cuerpo y documentar toda lesión que presente¹⁵.

Una cuestión que tampoco puede ser descuidada se da en aquellos hechos violentos, frente a los cuales la investigación debe orientarse a develar la existencia de algún motivo discriminatorio, debiendo para ello ser recogidas y aseguradas las pruebas, utilizar todos los medios disponibles para averiguar la verdad y considerar aquellos indicios que puedan dar cuenta de una situación de violencia motivada en la discriminación. Actuar en sentido contrario puede implicar una forma de discriminación¹⁶.

¹³ Corte IDH, "Sentencia de 19 de noviembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala, 19 de noviembre de 2015, párr. 150.

¹⁴ Corte IDH, "Sentencia de 10 de octubre de 2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso Ruiz Fuentes y otra Vs. Guatemala, 10 de octubre de 2019, párr. 179.

¹⁵ Ibid., párr. 1180.

¹⁶ Corte IDH, "Sentencia de 26 de marzo de 2021 (Fondo,

Por último, en lo tocante a la investigación de hechos de violencia sexual, se remarca la obligación estatal de realizar un examen médico y ginecológico a las víctimas, para preservar el material probatorio; además, se deben adoptar los recaudos inmediatos sobre otros elementos, como la vestimenta de las personas afectadas, con la misma finalidad¹⁷.

2.2. La aplicación de la perspectiva de género en el estándar de *debida diligencia*

Continuando con lo expuesto en la primera sección, se abordará la aplicación de este estándar en diferentes casos del SIDH referentes a delitos relacionados con la *violencia contra la mujer*, definida por la llamada Convención de Belém do Pará (en adelante, CBDP)¹⁸. Es decir, se hará referencia a los casos en los que su consideración incluyó una *perspectiva de género*¹⁹.

Para comenzar, se puede agregar que, si bien el derecho internacional de los Derechos Humanos exige a los Estados su

Reparaciones y Costas)", Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras, 26 de marzo de 2021, párr. 107.

¹⁷ Corte IDH, "Sentencia de 28 de noviembre de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México, 28 de noviembre de 2018, párrs. 277 y 278.

¹⁸ El art. 1, CBDP, define la violencia contra las mujeres como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en su ámbito público como en el privado". OEA Secretaría General, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 3 de mayo de 1995, art. 1.

¹⁹ Se ha definido a la perspectiva de género como "el proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la supervisión y la aplicación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad [sustantiva] entre los géneros. (...) la incorporación de una perspectiva de género integra la igualdad de género en las organizaciones públicas y privadas de un país, en políticas centrales o locales, y en programas de servicios y sectoriales. Con la vista puesta en el futuro, se propone transformar instituciones sociales, leyes, normas culturales y prácticas comunitarias que son discriminatorias". ONU MUJERES, Informe Anual 2015-2016, 2016, <https://www.unwomen.org/sites/default/files/Annual%20Report/Attachments/Sections/Library/UN-Women-Annual-Report-2015-2016-es.pdf>.

respeto, su protección y realización, existe una limitación en el sentido de que no puede hacérselos responsable por las violaciones de derechos humanos llevadas a cabo por actores no estatales. Es así como el Sistema Interamericano desarrolló el citado principio de *debida diligencia* en pos del establecimiento de medidas mínimas que los Estados parte deben tomar, a fin de evitar la responsabilidad internacional por acciones de estos actores.

Las fuentes de este estándar pueden hallarse en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH) y en la citada CBDP. La primera provee los lineamientos para esta obligación en sus artículos 1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno)²⁰. Como resultado, los Estados parte no sólo deben adoptar legislación que incorpore los derechos protegidos, sino también otras medidas que fueren necesarias. Por otro lado, la CBDP se refiere de forma explícita a la *debida diligencia* en su artículo 7(b); imponiendo su observación para prevenir, investigar y castigar los casos de violencia contra la mujer²¹.

Se establece así, además, la exigencia de que los Estados parte se involucren de forma activa contra esta forma de violencia, tanto a través de medidas preventivas legislativas y administrativas, así como mediante el establecimiento de los mecanismos judiciales y administrativos que garanticen su acceso a las mujeres objeto de esta. En este sentido,

²⁰ Artículo 1 (1). Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 de noviembre de 1969, arts. 1 y 2, <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>.

²¹ Artículo 7: Los Estados Parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (...) b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

el artículo 7 "especifica y complementa la obligación del Estado con respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana"²². En la misma línea, si bien los aportes del SIDH contribuyeron a la fijación de estándares adaptados a un contexto nacional, dieron también lugar a una serie de requisitos aplicables de forma general ante casos de violencia doméstica o de género.

En sus inicios, como se ha mencionado, la Corte IDH dejó en claro que los Estados parte incurrían en responsabilidad internacional por acciones de actores no estatales²³. A su turno, la Comisión IDH desarrolló, en el informe *Maria da Penha Maia Fernandes*, la obligación de prevención de la violencia contra la mujer, convirtiéndose así en el primer órgano internacional en aplicar el estándar de *debida diligencia* en estos casos²⁴. Finalmente, la Corte indicó que, al tramitar casos que involucren violencia basada en el género, deben evaluarse las obligaciones impuestas por la Convención, teniendo en cuenta las disposiciones de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW²⁵) y de la CBDP; reconociendo así que "estos instrumentos complementan el *corpus iuris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana"²⁶.

²² Victor Abramovich, "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentario sobre el caso 'Campo Algodonero' en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Anuario de Derechos Humanos 6, (2010): 172-182, <https://anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/11491>.

²³ Así, en el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, se afirmó: "En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención". Corte IDH, "Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo)", Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, 29 de julio de 1988.

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe 54/2001, *Maria Da Penha Maia Fernandes*. Caso 12.051, 16 de abril de 2001.

²⁵ ONU Asamblea General, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 3 de septiembre de 1981, A/RES/ 34/180.

²⁶ Corte IDH, "Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, 25 de noviembre de 2006, párr. 379.

El caso *González et al. ("Campo Algodonero") Vs. México*²⁷ dio la oportunidad para que la Corte definiera con cierta precisión el estándar de *debida diligencia* establecido en el art. 7, CBDP; determinando así el alcance del deber estatal de prevención de crímenes basados en el género tales como desapariciones, vejaciones sexuales, torturas y homicidios de mujeres y aplicando este estándar respecto del deber estatal de protección de los derechos frente a actos de particulares. Asimismo, se llevó a cabo una ponderación sobre cómo la violencia estructural contra las mujeres afecta las obligaciones relativas a este estándar, llegándose a la conclusión de que, cuando potenciales violaciones de derechos ocurren en tales contextos, los procedimientos a efectuarse siguiendo este principio deben ser aún más estrictos²⁸. Tal aplicación logró un mayor alcance posteriormente en el caso *Rosendo Cantú Vs. México*, cuando se determinó que, con relación a menores de edad, el Estado "debe tomar medidas o cuidados especiales orientados en el principio del interés superior del niño"²⁹.

Por último, cabe destacar el informe *Jessica Lenahan (González) y otros v. Estados Unidos de América*. En este caso, la Comisión IDH se refirió a la cuestión de la violencia doméstica y el estándar de la debida diligencia, reiterando la remisión a la "estrecha relación entre la discriminación, la violencia y la debida diligencia" y destacando que "la falla del Estado de actuar con debida diligencia para proteger a las mujeres de la violencia constituye una forma de discriminación, y una negación de su derecho a la igual protección de la ley"³⁰. A esto siguió la confirmación por parte de la Corte del carácter vinculante de la aplicación de este estándar en el Sistema Interamericano, al tratarse cuestiones relativas a la protección de los derechos sustantivos; aun cuando no se hiciera referencia específica a la diligencia.

²⁷ Corte IDH, "Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso González y otras (Campo Algodonero) Vs. México, 16 de noviembre de 2009.

²⁸ *Ibid.*, párr. 283.

²⁹ Corte IDH, "Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso Rosendo Cantú y otros Vs. México, 31 de agosto de 2010.

³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe 80/11, Jessica Lenahan (González) y otros. Caso 12.626, 21 de julio de 2011, párr. 176.

Las convenciones y jurisprudencia referidas dan los lineamientos necesarios para explicar las obligaciones surgidas de los requisitos del principio de *debida diligencia*, así como el del Estado relativo a su aplicación sin ejercer ningún tipo de discriminación.

2.2.1. Las obligaciones estatales ante violencia basada en el género

Para profundizar en lo expuesto, puede agregarse que la *debida diligencia* consiste en las medidas positivas surgidas del deber de garantizar derechos. Esta, puede decirse, consta de cuatro elementos principales. En primer lugar está la prevención. Así, el Estado debe tratar de prevenir violaciones de derechos debido a que le es conferida la responsabilidad de crear condiciones propicias para la realización de los derechos humanos³¹.

El informe *María Da Penha Maia Fernandes* permitió a la Comisión IDH fijar deberes especiales de protección estatal vinculados con el derecho a la vida y a la integridad física. Es decir, frente a un patrón estructural de violencia doméstica que afectaba a las mujeres de la ciudad de Fortaleza, en el Estado de Ceará y a una práctica general de impunidad judicial frente a este tipo de casos criminales (sumados a la negligencia del gobierno local en implementar medidas efectivas de prevención), la Comisión estableció que el Estado federal había violado las garantías judiciales y la obligación de actuar con debida diligencia para asegurar la integridad física de la peticionaria y su igualdad ante la ley. También estableció que la CADH y la CBDP confieren a los Estados el deber de acción preventiva diligente para evitar prácticas de violencia contra las mujeres, aun frente a la actuación de actores no estatales. La responsabilidad del Estado provenía de no haber adoptado medidas preventivas con debida diligencia para evitar que esa forma extendida de violencia existiera y se reprodujera en perjuicio de un grupo o colectivo determinado, además de la falta de respuesta efectiva frente a las lesiones graves sufridas por la víctima a manos de su esposo,

³¹ Corte IDH, "Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo)", Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, párrs. 172-174.

quien estaba sujeto a un proceso que llevaba quince años sin juicio³².

Es así como, de acuerdo con este estándar, la prevención involucra que el deber estatal de

[...] adoptar las medidas necesarias para modificar los patrones de comportamiento sociales y culturales de hombres y mujeres, y eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de otra índole basadas en la premisa de la inferioridad o superioridad de uno de los sexos, y sobre los roles estereotipados que se imponen tanto a los hombres como a las mujeres³³.

Por otra parte, la mera existencia de tales medidas no será suficiente para evitar la responsabilidad internacional. En este sentido, los empleados de las agencias estatales encargadas de actuar deben recibir una calificación adecuada; especialmente en los casos en los que es el propio Estado el que diseña las medidas preventivas para situaciones, por ejemplo, de violencia doméstica.

En segundo lugar, la *debida diligencia* exige una *investigación efectiva* de las violaciones de derechos. Tales procedimientos han de realizarse aún en los casos en los que estén implicados funcionarios estatales, y deberán ser llevados a cabo con debida seriedad, rapidez, exhaustividad y de acuerdo con las normas internacionales³⁴. Esto involucra, como mínimo, la reunión de evidencia y el diálogo con testigos, y la compilación y análisis de esta información³⁵.

Por otro lado, si las mujeres son victimizadas en un contexto estructural de violencia contra

³² En la línea citada, se determinó la existencia de "pauta sistemática" en la respuesta estatal, que expresa a su juicio una suerte de tolerancia pública con la situación de violencia denunciada, no sólo en perjuicio de la víctima, sino con relación a otros casos idénticos o con características comunes. Asimismo, en opinión de la Comisión, la ineffectividad judicial discriminatoria crea un ambiente que favorece la violencia doméstica que sufren las mujeres. Este patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, prosigue la Comisión, no sólo viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Abramovich, "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentario sobre el caso 'Campo Algodonero' en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 172.

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe 54/2001, párr. 126.

³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe 80/11, párr. 181.

³⁵ *Ibid.*, párr. 36.

un grupo específico, la obligación de investigar se vuelve más estricta³⁶. Asimismo, en aquellos casos en los que la violación de derechos humanos se lleve a cabo contra una menor de edad, todo aspecto de la investigación deberá llevarse a cabo con mayor urgencia y rigor³⁷. En similar sentido, la necesidad social de reiterar continuamente la condena ante una violación de derechos³⁸ lleva a que cada etapa deba conducirse con *perspectiva de género*. Por último, debe llevarse a cabo por funcionarios altamente capacitados que den debido acceso al expediente y los avances en la investigación a los familiares de las víctimas³⁹. Una investigación apropiadamente llevada a cabo individualiza a los culpables y combate la impunidad⁴⁰.

Tercero, el Estado deberá *perseguir y castigar* a los responsables de violaciones de derechos humanos. En el mismo sentido que las obligaciones de *prevenir e investigar*, esta obligación no se limita solamente a la mera existencia de la posibilidad estatal de acusar y de castigar, sino que requiere también una implementación efectiva⁴¹. En los casos de impunidad y no restablecimiento del pleno ejercicio de los derechos humanos de la víctima, se responsabilizará al Estado por el incumplimiento de los deberes positivos que le impone el derecho internacional en materia de derechos humanos⁴².

Cuarto, las víctimas deberán recibir una *reparación adecuada*; algo que la ex Relatora Especial de NNUU sobre la Violencia contra la Mujer afirmó que es la más visiblemente subdesarrollada área del estándar de debida diligencia⁴³. Actualmente, se exige una

³⁶ Corte IDH, "Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso González y otras (Campo Algodonero) Vs. México, párr. 283.

³⁷ *Ibid.*, párr. 602 (19)(vi).

³⁸ *Ibid.*, párr. 293.

³⁹ *Ibid.*, párr. 602, 12 (ii).

⁴⁰ Corte IDH, "Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso Rosendo Cantú y otros Vs. México, párr. 175.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe 80/11, párr. 173.

⁴³ Yakin Ertürk, *Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective: Violence Against Women: The Due*

"adecuada reparación simbólica y material" por el daño sufrido⁴⁴, la cual, en relación con delitos relativos a la violencia doméstica o de género, puede incluir tanto la sanción de protocolos para que las fuerzas de seguridad sepan lidiar apropiadamente con estos, como la creación de unidades especiales diseñadas para abordar de forma más efectiva las cuestiones relativas a este tipo de violencia⁴⁵. Por último, la investigación, persecución y castigo que den lugar a reparación deben ser completados en un período de tiempo razonable de acuerdo con la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, y la conducta de las autoridades judiciales⁴⁶.

El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones por parte del Estado genera responsabilidad internacional. Asimismo, no es necesario que el Estado tenga la intención manifiesta de incumplir, sino que puede ser responsable también ante omisión o negligencia de sus agentes.⁴⁷

2.2.2. Debida diligencia y no discriminación contra la mujer

Como se adelantó, el presente estándar deberá ser aplicado sin discriminación. En este caso, equivale a decir que, ante violencia de doméstica o de género, los Estados deben mostrar el mismo grado de compromiso para su prevención, investigación, castigo y reparación, que el desplegado ante otras formas de violencia. En tal sentido, el análisis de varios escenarios fácticos permitió al SIDH afirmar que las obligaciones de debida diligencia para la protección de mujeres, niñas y otros grupos vulnerables, se refuerzan debido a las circunstancias de discriminación estructural que deben enfrentar. No obstante, es frecuente la excusa estatal de la falta de capacitación de

sus funcionarios para reconocer la violencia de género como violación de derechos humanos⁴⁸. A pesar de que este aspecto será desarrollado más adelante, si los incumplimientos del estándar de debida diligencia se basan en estereotipos sobre las mujeres, se estará ante una transgresión directa a la CADH.

Finalmente, cuando las provisiones relativas a la debida diligencia se aplican en un contexto de discriminación, la carga de la prueba de que las medidas tomadas fueron razonables recae sobre el Estado. Es así como, si la respuesta estatal no se lleva a cabo con la debida diligencia, por ejemplo, ante casos de violencia contra las mujeres, se ejerce una discriminación estatal merecedora de un nivel de escrutinio particularmente estricto⁴⁹.

2.2.3. Debida diligencia y responsabilidad estatal por violencia contra la mujer

En relación con las obligaciones específicas del estándar de debida diligencia, el SIDH precisó que surgen, primero, cuando el Estado parte conoce o debería conocer el riesgo que corre un individuo o grupo de individuos. Luego, se determinó que, en determinadas circunstancias, las obligaciones de debida diligencia surgen con anterioridad. Tercero, la respuesta razonable a un riesgo hace obligatoria una investigación específica de los hechos. Cuarto, cuando el riesgo se concentre en sectores que padecen de una discriminación estructural, la carga de la prueba de que las medidas tomadas fueron razonables recae sobre el Estado⁵⁰.

Seguidamente, puede mencionarse que las

48 Ejemplo de esto tuvo lugar en el caso Campo Algodonero, cuando el Estado se abstuvo de investigar la desaparición de mujeres jóvenes, y de prevenir, así, más violaciones de derechos humanos, alegando que las víctimas podrían haberse escapado con sus novios. Corte IDH, "Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso González y otras (Campo Algodonero) Vs. México, párr. 401.

49 Ibid., párr. 279.

50 En este sentido, la jurisprudencia considera que, cuanto más vulnerables sean los grupos en riesgo (por ejemplo, mujeres y niños), tanto más contundentes deberán ser las medidas a tomarse. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Communication No. 47/2012. Amicus Curiae. The Due Diligence Principle in the Inter-American System Applied to Gender-Based Violence. Víctor Abramovich, Susana Villarán. Case Angela Carreño v. Spain, 2012.

obligaciones del principio de debida diligencia, en relación con los deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí, se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Tal *doctrina del riesgo* requiere, en consecuencia, que el caso registre la presencia de, al menos, cuatro elementos: (i) la existencia de una *situación de riesgo real o inmediato* que amenace derechos y que surja de la acción o las prácticas de particulares; esto es, que el riesgo no sea meramente hipotético o eventual y, además, que no sea remoto, sino que tenga posibilidad cierta de materializarse en lo inmediato; (ii) que la situación de riesgo amenace a un individuo o a un grupo determinado, es decir, que exista un riesgo particularizado; (iii) que el Estado conozca el riesgo o hubiera debido conocerlo o preverlo⁵¹. Los Estados tienen el deber impuesto por la Convención, y por otros tratados y normas internas, de producir información y hacer seguimiento de la situación de violencia que sufren algunos grupos sociales y sectores de la población (p. ej., violencia contra las mujeres), de modo que no puede admitirse como excusa el desconocimiento de situaciones de violencia en estos casos. Además, existen riesgos que son previsibles por su envergadura, por su extensión en el tiempo, porque obedecen a prácticas o por patrones sistemáticos que hacen imposible su desconocimiento por parte de la autoridad estatal. iv) Finalmente, que el Estado pueda razonablemente prevenir o evitar la *materialización* del riesgo⁵².

Queda por último agregar que, en *Campo Algodonero*, el tribunal interamericano retomó la doctrina del riesgo previsible y evitable aplicando esos estándares al contexto social de prácticas de violencia contra las mujeres

51 En tal sentido, aquí cuenta tanto la evidencia que determina que las agencias habían obtenido información sobre la situación de riesgo, como también la previsibilidad del riesgo, esto es, la posibilidad de establecer cierta presunción de conocimiento de ese riesgo a partir de las circunstancias del caso, y que está muchas veces asociada con el rol de vigilancia o monitorización que la propia Convención o la CBDP impone al Estado, como también con las características del riesgo.

52 Más extensamente: Abramovich, "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentario sobre el caso 'Campo Algodonero' en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 174.

en Ciudad Juárez, definiendo un deber de protección estatal reforzado por la CBDP⁵³.

2.3. Valoración de la prueba

Tras la exposición relativa a la investigación y su aplicación ante delitos relativos a la violencia contra la mujer, queda ahora hacer referencia a la aplicación de este estándar en lo fijado para la valoración de la prueba. Así, para comenzar con una precisión conceptual, puede decirse que el proceso de valoración de la prueba es el método a través del cual se evalúan los distintos elementos de convicción válidamente incorporados al proceso, para tomar una decisión sobre los hechos; un análisis razonado de los elementos de convicción, sujeto a ciertas reglas que lo organizan⁵⁴. Seguidamente, puede, a su vez, precisarse que el sistema de valoración seguido por la Corte IDH es el de la sana crítica. De este modo, se caracteriza por dejar al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad, y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común⁵⁵.

Por otro lado, y ya con relación a los estándares fijados en casos penales, es útil referir que quizá uno cuyo análisis revista gran importancia en la actualidad es el de la valoración de la evidencia ante delitos de violencia doméstica o basada en el género. En esta línea, la doctrina ha establecido dos momentos de singular importancia. El primero habría tenido lugar entre los años 1994 y 2001, entre otros, con el citado informe *Maria da Penha Maia Fernandes*. El segundo, con los también mencionados *Campo Algodonero, Rosendo Cantú Vs. México* y *Fernández Ortega Vs. México*⁵⁶, extendiéndose por el período que

53 Corte IDH, "Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso González y otras (Campo Algodonero) Vs. México, párr. 401.

54 Martín Abregú, "La sentencia", en *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993), 207, citado en Alberto Bovino, "La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos* 2, no. 3 (2005).

55 Eduardo Juan Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979), 195.

56 Corte IDH, "Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, 30 de agosto de 2010, párrs. 100 y 105.

Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence Against Women (Geneva: Commission on Human Rights, Special Rapporteur on Violence against Women, 2006), 55.

44 Ibid., párr. 63.

45 Ibid., párr. 61 (4).

46 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe 54/2001, párr. 38.

47 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe 80/11, párr. 134.

va desde 2007 a 2009⁵⁷. Por último, puede agregarse lo expuesto en el caso *J. Vs. Perú* de 2013⁵⁸.

En el primero, la Comisión se refirió a la naturaleza privada de la violencia doméstica y de género. Es decir, los delitos de este tipo se perpetran, en la mayoría de los casos, por compañeros y conocidos de las víctimas⁵⁹. Seguidamente, las declaraciones de la víctima o de sus familiares eran recogidas por funcionarios sin calificación sobre perspectiva de género, o con un visible escepticismo⁶⁰. Por último, y como se destacó también en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Opuz Vs. Turquía*, sus testimonios en juicio bien son ignorados, o bien desestimados ante "razones" como la existencia de provocación severa por parte de la víctima. Asimismo, ante sospechas de adulterio por parte del perpetrador, las culturas de violencia de estos países justifican tales delitos como supuestas "defensa de la moral o el honor"⁶¹.

Esto es muy grave en la medida en la que se ha dicho que los jueces y fiscales que se ocupan de casos de violencia doméstica tienen la posibilidad y la obligación de cambiar la situación de poder predominante, mediante la adopción de una posición decidida para restar poder a los conceptos patriarcales. En este sentido, tales funcionarios pueden ser considerados como "portavoces" de la sociedad y realizar declaraciones inequívocas de condena de violencia contra la mujer, a través de los servicios judiciales o fiscales, que tengan, como resultado, una sociedad más justa y equitativa⁶².

Pasando a los casos del segundo período, puede decirse que en el caso Campo Algodonero se hizo caso omiso de la prueba testimonial presentada en las denuncias de la desaparición de Laura Berenice Ramos Monárrez, Claudia Ivette Gonzáles y Esmeralda Herrera Monreal. Así, el Estado se abstuvo de investigar la desaparición de mujeres jóvenes, alegando que las víctimas podrían haberse escapado con sus novios. De esto surgió que la indiferencia, minimización y/o rechazo de los antecedentes e indicadores de violencia de género originaron responsabilidad estatal por violación de la normativa internacional de derechos humanos. Asimismo, el examen del comportamiento de los partícipes del sistema jurídico al valorar la prueba llevó a la Corte a advertir que:

[...] la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos [...]. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales.⁶³

En el caso *Fernández Ortega y otros*, la Corte reconoció que una de las características generales de las agresiones sexuales es que se producen en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. No sería dable, por ende, esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales. Esto lleva a que la declaración de la víctima constituya una prueba fundamental sobre el hecho; debiendo tenerse en cuenta, a su vez, que la naturaleza traumática de sus experiencias

puede derivar en determinadas imprecisiones en sus declaraciones⁶⁴.

En la misma línea, el caso *Rosendo Cantú y otros*, (como se citó, relativo a la violencia sexual contra las mujeres pertenecientes a comunidades indígenas) determinó que "en casos de violación sexual contra mujeres indígenas, [...], hacen recaer la carga de la prueba sobre la víctima, y los mecanismos de investigación son defectuosos, e incluso, amenazadores e irrespetuosos"⁶⁵. Surge, en consecuencia, el estándar según el cual la pretensión de invertir la carga de la prueba sobre violencia de género resulta contraria a la normativa de derechos humanos, cuando no irracional, toda vez que esta implica "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado"⁶⁶.

Puede agregarse a lo expuesto lo expresado en el *Caso J. vs. Perú*, en el que la Corte consideró que donde se alegue agresiones sexuales, la falta de evidencia médica no disminuye la veracidad de la declaración de la presunta víctima⁶⁷. Seguidamente, y volviendo al caso *Fernández Ortega*, la Corte destacó que una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas, a fin de evitar un trato discriminatorio en su perjuicio⁶⁸. Al respecto, en su jurisprudencia ha reiterado que el estereotipo de género se refiere a una concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que

es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer; las cuales se agravan al reflejarse implícita o explícitamente en políticas y práctica; particularmente, en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales⁶⁹. Es por esto, que el Tribunal ha identificado estereotipos de género que son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y, respecto de los cuales, los Estados deben tomar medidas para su erradicación.

En el *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, se consideró también que tanto los comentarios efectuados por funcionarios en el sentido de que las víctimas tendrían una vida reprochable, como la utilización de preguntas en torno a la preferencia sexual de las víctimas, constituyen estereotipos⁷⁰. Asimismo, y siguiendo la línea planteada en el citado informe *Maria da Penha Fernandes vs. Brasil*, citó, en *Velásquez Paiz vs. Guatemala*, un peritaje recibido en el caso para destacar que el concepto de "crimen pasional" es parte de un estereotipo que justifica la conducta violenta del agresor contra la mujer. Expresiones como "la mató por celos", "en un ataque de furia", promueven, para la Corte, la condena a la mujer que sufrió violencia; culpabilizan a la víctima y respaldan la acción violenta del agresor⁷¹. Finalmente, en el *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*, se reconoció y rechazó el estereotipo de género por el cual se considera a las mujeres sospechosas de haber cometido un delito como intrínsecamente no confiables o manipuladoras, especialmente, en el marco de procesos judiciales, siendo que valoraciones de esta naturaleza muestran "un criterio discrecional y discriminatorio con base en la situación procesal de las mujeres"⁷².

⁵⁷ Celorio, "The Rights of Women in the Inter-American System of Human Rights: Current Opportunities and Challenges in Standard-setting", 824-853.

⁵⁸ Corte IDH, "Sentencia de 27 de noviembre de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso *J. Vs. Perú*, 27 de noviembre de 2013.

⁵⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe 54/2001, párr. 38.

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 47.

⁶¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Sentencia de 9 de junio de 2009 (Demanda no. 33401/02)", *Opuz v. Turquía*, 9 de junio de 2009, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5212/18.pdf>.

⁶² Michelle Madden Dempsey, "What counts as domestic violence? A conceptual analysis", *William and Mary Journal of Women and the Law* XII, n.º 2 (2006): 301-333.

⁶³ Corte IDH, "Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso *González y otras (Campo Algodonero) Vs. México*. Cabe destacar también el citado caso *Velásquez Paiz y otros* en contra de Guatemala, el cual se refiere a la desaparición de Claudina Velásquez Paiz en un contexto de violencia homicida. Sus familiares presentaron las denuncias, sin que se iniciaran mayores investigaciones. Su cuerpo fue posteriormente encontrado con signos de violencia sexual. Para un resumen: Ana Belem García Chavarría, *La Prueba en la Función Jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Ciudad de México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2016).

⁶⁴ Corte IDH, "Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso *Fernández Ortega y otros Vs. México*, párrs. 100 y 105.

⁶⁵ Corte IDH, "Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso *Rosendo Cantú y otros Vs. México*, párrs. 89 y 91.

⁶⁶ OEA Secretaría General, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*.

⁶⁷ Corte IDH, "Sentencia de 27 de noviembre de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso *J. Vs. Perú*, párr. 333.

⁶⁸ Corte IDH, "Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso *Fernández Ortega y otros Vs. México*, párr. 278.

⁶⁹ Corte IDH, "Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso *González y otras (Campo Algodonero) Vs. México*, párr. 180.

⁷⁰ *Ibid.*, párr. 208.

⁷¹ Corte IDH, "Sentencia de 19 de noviembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso *Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*, párrs. 183 y 187.

⁷² Corte IDH, "Sentencia de 20 de noviembre de 2014

2.4. La valoración de la prueba por parte de los jurados

En el caso *VRP y VPC vs. Nicaragua*⁷³, la Corte Interamericana abordó, por primera vez, el funcionamiento del juicio por jurados, y, en lo que aquí interesa, se ocupó de dar cuenta de la compatibilidad de ese modelo de enjuiciamiento, que en opinión compartida, genera un litigio de mayor calidad que redundaría en un beneficio para las partes y el sistema de administración de justicia en su conjunto, con las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es imposible ahora dar cuenta de las peculiaridades de la implementación del jurado en los países de la región que lo establecieron, que son muchos, pero sí es necesario aclarar que la Corte hace referencia al jurado popular, que es aquel en el cual el panel de jurados que tiene a su cargo la decisión del caso está conformado por doce personas provenientes del pueblo; en oposición al jurado escabinado, que es aquel en el cual conviven jueces o juezas profesionales con jurados legos.

Dicho ello, se debe agregar que en el juicio por jurados en su modalidad popular es fundamental la relación de colaboración que debe existir entre el juez o jueza profesional, que tiene a su cargo la dirección del debate, debiendo asegurar el respeto de los derechos y garantías, complementándose así con la actividad de los jurados. Por lo general, los jurados deben decidir el caso luego de deliberar y discutir las soluciones posibles. Para que lleguen a esa instancia, por supuesto que antes debe realizarse el juicio, como también antes de deliberar quienes son jurados deben recibir por parte del juez técnico a cargo de la dirección del debate las instrucciones para resolver el caso, que son elaboradas a partir de las propuestas de cada una de las partes y deben versar sobre el derecho aplicable al caso como sobre la definición y alcance de la duda razonable.

La deliberación que lleva adelante el jurado para discutir y resolver el caso tiene, por lo general, una intensidad inédita en contraposición a lo que sucede con los jueces o juezas profesionales. Sea porque los jurados son jueces accidentales que posiblemente realicen esa actividad por única vez en su vida, y también porque esa calidad de jueces accidentales hace que no conozcan a sus pares y, por ello, pueda fructificar una deliberación de mayor intensidad. Esa deliberación, que es secreta, debe tener una duración suficiente como para que todas las personas que actúan como jurados puedan dar su punto de vista y discutir el caso. Dado que los jurados valoran la prueba de acuerdo a la íntima convicción y aplicando el estándar más allá de toda duda razonable, no es correcto exigirles que exterioricen las razones de su decisión. En otras palabras, el veredicto de los jurados es inmotivado.

Estas cuestiones, que para una parte de la doctrina procesal penal entran en tensión, cuando no directamente colisionan, contra los derechos y garantías de las personas acusadas, fueron abordadas por la Corte Interamericana en el mencionado caso. En particular, sobre la valoración probatoria que hace el jurado, al evaluar si el veredicto inmotivado del jurado es contrario al artículo 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, se entendió que la libre valoración de la prueba que realiza un jurado no guarda diferencias en esencia con la que hace un juez técnico, con la diferencia que quienes actúan como jurados no deben expresarla. Tanto jueces como jurados deben reconstruir un hecho que tuvo lugar en el pasado, utilizando, para ello, la lógica metodológica que aplica cualquier persona, operación para la cual no es necesaria formación alguna en materia jurídica. En rigor, cualquier persona a la hora de reconstruir un hecho emplea el método histórico, de acuerdo al cual, primero, se debe valorar la falsedad material de las pruebas y, luego, la verosimilitud de su contenido para llegar a una síntesis o conclusión. Ello impacta en la revisión del veredicto del jurado, y que lleva a la Corte IDH a afirmar que un veredicto de un jurado puede ser descartado cuando la

conclusión se aparta de la lógica metodológica planteada⁷⁴.

Antes de avanzar, corresponde hacer una aclaración de carácter propio: no se comparte aquella afirmación según la cual los jurados son jueces de los hechos y los jueces del derecho, sino que los jurados resuelven sobre una y otra cuestión. Por supuesto, como ya se ha señalado, para abordar los hechos no hace falta una formación o preparación específica, y si bien decidir el derecho aplicable requiere un conocimiento específico, ese saber es transmitido en las instrucciones finales al jurado, para que decida cuál es la norma aplicable al caso.

Se cree pertinente abordar aquí la cuestión de la ausencia de fundamentación del jurado, según la cual no están obligados a exteriorizar las razones de su decisión (en lugares donde se exige a los jurados que lo hagan, como España, los resultados han sido ruinosos y desvirtuaron el funcionamiento de la institución). Sobre el particular, la Corte IDH entiende que todo veredicto de un jurado siempre tiene motivación, aunque esta no se expresa por la esencia del jurado. Se sostiene que el veredicto, a la luz de la prueba producida en el juicio como del debate, tiene que permitir la reconstrucción del curso lógico de la decisión, siendo arbitraria la decisión en caso de que no sea posible realizar esa reconstrucción⁷⁵. Ello permite, por cierto, que la sentencia que surge de un veredicto condenatorio pueda ser sometida a una amplia revisión, asegurando así el ejercicio del derecho al doble conforme que asiste a toda persona acusada.

No es menos importante el hecho de que la Corte Interamericana remarca la centralidad que tiene la motivación de las sentencias penales, no solo para el control de la persona acusada, sino también para el escrutinio que la sociedad toda puede ejercer sobre los actos de gobierno; encontrándose esa exigencia asegurada en el caso de los jurados, por ser un sistema de enjuiciamiento que asegura la participación directa de la ciudadanía⁷⁶. Como se advierte, este punto toca una fibra

sensible del Estado de derecho, que no hace más que visibilizar las diferencias que existen entre la actuación de los jueces y los jurados, y como los primeros deben siempre motivar adecuadamente sus resoluciones por tratarse la actividad de un poder público, debiendo, en consecuencia, dar cuenta de sus resoluciones y explicitar las razones que las sustentan.

(Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas)", Caso Espinoza González Vs. Perú, 20 de noviembre de 2014, párr. 272.

⁷³ Corte IDH, "Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", Caso VRP, VPC y otros vs. Nicaragua, 8 de marzo de 2018.

⁷⁴ Ibid., párr. 262.

⁷⁵ Ibid., párr. 259.

⁷⁶ Ibid., párr. 257.

3. Conclusiones sumarias

Al iniciar estas líneas se señaló que la intención estaba centrada en dar cuenta de los estándares que surgen en materia de recolección, tratamiento y valoración de la prueba penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. La información presentada hasta aquí permite afirmar que el estándar de debida diligencia reviste especial importancia en casos de violencia contra la mujer.

Así, en materia de investigación existe una obligación de debida diligencia para los Estados, que los obliga a adoptar las medidas necesarias para que no se frustre la averiguación de la verdad, la cual impacta específicamente tanto en aquellos casos que involucran violaciones a los derechos humanos, así como en otros supuestos específicos, a saber, la desaparición forzada de personas, homicidios y agresiones sexuales; con un especial foco en los primeros momentos de la investigación en los cuales resulta crucial la recolección y preservación de los medios probatorios.

Asimismo, este estándar permite afirmar que la valoración de la prueba en casos de violencia doméstica debe, por un lado, descartar estereotipos femeninos mientras que, por el otro, debe tanto prestar especial atención a los testimonios de la víctima, como impedir que los lugares comunes sobre la conducta masculina justifiquen este tipo de violencia. Finalmente, es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos la valoración de la prueba de acuerdo con las reglas de la íntima convicción que realizan los jurados, sin necesidad de exteriorizar las razones por las que llegan a un veredicto.

Cabe destacar, como cierre, que varios de los aspectos expuestos fueron puestos bajo riguroso examen por la doctrina. En este sentido, puede mencionarse que, en relación con lo expuesto sobre la valoración de la prueba, que el profesor Marcelo Sancinetti cuestionó el hecho de que pudiera condenarse solamente con el testimonio de la víctima. En su opinión (que se refiere al precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Casimiro"⁷⁷), el testigo único no es suficiente para constituir una prueba, mucho menos si ese testigo "es parte del proceso", debido a que:

[...] sería un testigo único que tiene interés en la causa, a cuya declaración se le contrapone la negativa del acusado, y éste, de todos modos, sale perdiendo. Nadie explica por qué razón se le sustrae a él el principio de igualdad, y por esta vía, la presunción de inocencia, pues su palabra queda decapitada frente a la palabra de su acusadora.⁷⁸

Como es visible, las cuestiones probatorias siguen produciendo interesantes posiciones en debates que se hacen eco de los más recientes trabajos del Sistema Interamericano, en general, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular. Por esto, el presente trabajo ha buscado reflejar exitosamente estas discusiones, con vistas a una mayor difusión y aplicación por parte de las autoridades y juristas independientes de la región.

⁷⁷ Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en su tomo 329, página 5310 (con disidencias de los jueces Argibay y Lorenzetti, que proponían aplicar el art. 280, CPCCN). Argentina Corte Suprema de Justicia de la Nación, Causa n.° 1216, 21 de noviembre de 2006, Fallos: 329:5310.

⁷⁸ Marcelo Sancinetti, "Avenimiento y mediación: ¿la pena como 'objeto de negocios jurídicos'?", Revista Pensamiento Penal, (2014): <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/38164-avenimiento-y-mediacion-pena-objeto-negocios-juridicos> y, del mismo autor, "Las imputaciones por abuso sexual libradas a la arbitrariedad del denunciante", Revista Pensamiento Penal, (2012): <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/34309-imputaciones-abuso-sexual-libradas-arbitrariedad-del-denunciante>. Más extensamente, "Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia - Hacia la recuperación de las máximas: 'Testimonium unius non valet' y 'Nemo testis in propria causa'", Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, (2010).

Bibliografía

- Abramovich, Víctor. "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentario sobre el caso 'Campo Algodonero' en la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario de Derechos Humanos* 6, (2010): 172-182. <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/11491>.
- Anton Mittermaier, Carl Joseph. *Tratado de la Prueba en Materia Criminal o Exposición comparada de los principios en materia criminal y sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc. etc. Seguido de un extenso apéndice sobre la prueba en el derecho criminal con arreglo a las leyes vigentes en España*. Traducido por Primitivo González del Alba. Madrid: Hijos de Reus, 1906.
- Argentina Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Causa n.° 1216*. 21 de noviembre de 2006. Fallos: 329:5310.
- Bacigalupo, Enrique. "La recepción de la dogmática penal alemana en España y Latinoamérica". *Indret-Revista para el análisis del Derecho*, n.° 2 (2019). <https://indret.com/la-recepcion-de-la-dogmatica-penal-alemana-en-espana-y-latinoamerica/>.
- Bovino, Alberto. "La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos* 2, no. 3 (2005).
- Celorio, Rosa M. "The Rights of Women in the Inter-American System of Human Rights: Current Opportunities and Challenges in Standard-setting". Traducido por Víctor-Hugo García. *University of Miami Law Review* 65, n.° 3 (2011): 819-866.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Informe 54/2001, María Da Penha Maia Fernandes. Caso 12.051*. 16 de abril de 2001.
- . *Informe 80/11, Jessica Lenahan (González) y otros. Caso 12.626*. 21 de julio de 2011.
- Committee on the Elimination of Discrimination Against Women. *Communication No. 47/2012. Amicus Curiae. The Due Diligence Principle in the Inter-American System Applied to Gender-Based Violence. Víctor Abramovich, Susana Villarán. Case Angela Carreño v. Spain*. 2012.
- Corte IDH. "Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo)". *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. 29 de julio de 1988.
- . "Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. 25 de noviembre de 2006.
- . "Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso González y otras (Campo Algodonero) Vs. México*. 16 de noviembre de 2009.
- . "Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, 24 de noviembre de 2009.
- . "Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. 30 de agosto de 2010.
- . "Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Rosendo Cantú y otros Vs. México*. 31 de agosto de 2010.
- . "Sentencia de 31 de agosto de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. 31 de agosto de 2011.
- . "Sentencia de 26 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú*. 26 de noviembre de 2013.
- . "Sentencia de 27 de noviembre de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso J. Vs. Perú*. 27 de noviembre de 2013.
- . "Sentencia de 19 de noviembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*. 19 de noviembre de 2015.
- . "Sentencia de 23 de noviembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú*. 23 de noviembre de 2015.
- . "Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso VRP, VPC y otros vs. Nicaragua*. 8 de marzo de 2018.

- . "Sentencia de 28 de noviembre de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. 28 de noviembre de 2018.
- . "Sentencia de 28 de noviembre de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. 28 de noviembre de 2018.
- . "Sentencia de 10 de octubre de 2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Ruiz Fuentes y otra Vs. Guatemala*, 10 de octubre de 2019.
- . "Sentencia de 11 de octubre de 2019 (Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Valenzuela Ávila Vs. Guatemala*, 11 de octubre de 2019, párr. 130.
- . "Sentencia de 9 de marzo de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Noguera y otra Vs. Paraguay*. 9 de marzo de 2020.
- . "Sentencia de 26 de marzo de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras*. 26 de marzo de 2021.
- . "Sentencia de 3 de junio de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Guerrero, Molina y otros Vs. Venezuela*. 3 de junio de 2021.
- Couture, Eduardo Juan. *Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo II*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.
- Dempsey, Michelle Madden. "What counts as domestic violence? A conceptual analysis". *William and Mary Journal of Women and the Law* XII, n.º 2 (2006): 301-333.
- Ertürk, Yakin. *Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective: Violence Against Women: The Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence Against Women*. Geneva: Commission on Human Rights. Special Rapporteur on Violence against Women, 2006.
- García Chavarría, Ana Belem. *La Prueba en la Función Jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ciudad de México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2016.
- Hessbruege, Jan Arno. "The Historical development of the doctrines of attribution and due diligence in international law". *New York University Journal of International Law* 36, (2004): 265-306.
- OEA Secretaría General. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*. 3 de mayo de 1995.
- ONU Asamblea General. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. 3 de septiembre de 1981. A/RES/ 34/180.
- ONU MUJERES. *Informe Anual 2015-2016*. 2016. <https://www.unwomen.org/sites/default/files/Annual%20Report/Attachments/Sections/Library/UN-Women-Annual-Report-2015-2016-es.pdf>.
- Organización de los Estados Americanos (OEA). *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*. 22 de noviembre de 1969. <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>.
- Sancinetti, Marcelo. "Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia - Hacia la recuperación de las máximas: 'Testimonium unius non valet' y 'Nemo testis in propria causa'". *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, (2010).
- . "Las imputaciones por abuso sexual libradas a la arbitrariedad del denunciante". *Revista Pensamiento Penal*, (2012). <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/34309-imputaciones-abuso-sexual-libradas-arbitrariedad-del-denunciante>.
- . "Avenimiento y mediación: ¿la pena como 'objeto de negocios jurídicos'?". *Revista Pensamiento Penal*, (2014). <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/38164-avenimiento-y-mediacion-pena-objeto-negocios-juridicos>.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. "Sentencia de 9 de junio de 2009 (Demanda no. 33401/02)". *Opuz v. Turquía*. 9 de junio de 2009. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5212/18.pdf>.

Miren Josune Pérez Estrada¹

APLICACIÓN DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

Resumen

En este trabajo se analiza el posible uso de la inteligencia artificial en la valoración de la prueba testifical no de la forma tradicional a como se viene haciendo, ie., mediante su valoración por el Tribunal, utilizando criterios lógicos y psicológicos, que ayudan a formar la convicción judicial sobre la verdad de la afirmación de la existencia de ciertos hechos, sino que se aborda el potencial de la inteligencia artificial (IA) como una herramienta auxiliar que ayude al Tribunal en la tarea de valorar la credibilidad de las declaraciones testificales.

Palabras clave: Inteligencia artificial; Proceso penal; Prueba testifical; Garantías procesales.

¹ Profesora Agregada Titular de Derecho Procesal. Universidad del País Vasco. UPV/EHU. Contacto: mirenjosune.perez@ehu.eus.

Abstract

This paper analyzes the possible use of artificial intelligence in the evaluation of testimonial evidence, not in the traditional way as it has been done, ie, through its evaluation by the Court, using logical and psychological criteria, which help to form the judicial conviction on the truth of the affirmation of the existence of certain facts, but rather the potential of artificial intelligence (AI) is addressed as an auxiliary tool that helps the Court in the task of assessing the credibility of testimonial statements.

Keywords: Artificial intelligence; Criminal proceedings; Testimonial evidence; Procedural safeguards.

Sumario: 1. Introducción: la justificación del estudio. 2. El uso de inteligencia artificial para valorar la credibilidad de la prueba testifical en el proceso penal español. 2.1. Necesidad y límites de la aplicación de la Inteligencia Artificial en el proceso penal. 2.2. Avances en el uso de la inteligencia artificial como fuente o medio de prueba. 3. El sentido de la aplicación de inteligencia artificial como herramienta de ayuda para la valoración de la prueba testifical. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

1. Introducción: la justificación del estudio²

El objeto de este estudio está centrado en analizar la valoración de la prueba testifical no de la forma tradicional a como se viene haciendo, ie., mediante su valoración por el Tribunal, utilizando criterios lógicos y psicológicos, que ayudan a formar la convicción judicial sobre la verdad de la afirmación de la existencia de ciertos hechos, sino que se aborda el potencial de la inteligencia artificial (IA) como una herramienta auxiliar que ayude al Tribunal en la tarea de valorar la credibilidad de las declaraciones testificales.

Partiendo del hecho de que la obtención y práctica de las pruebas es un requisito previo esencial para establecer los hechos de un proceso será necesario garantizar el acceso a las pruebas, como parte del contenido del derecho de defensa. Se trata, también, de analizar si la obtención de un testimonio válido, ayudado por IA, contribuye a reforzar el principio de inmediación judicial. Por lo tanto, si se parte de la premisa de admitir la aplicación de IA para valorar la credibilidad de la declaración de un testigo, como una herramienta de auxilio al juez a la hora de valorar la prueba testifical, se deberá examinar desde el marco jurídico del derecho a un proceso con todas las garantías.

² Este trabajo se ha realizado en el contexto de las actividades que realiza el Grupo de investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas aplicadas a las Nuevas Tecnologías (GI-CISJANT), IT 1541-22, así como dentro del contexto del Proyecto "Claves para una justicia digital y algorítmica con perspectiva de género," PID2021-123170OB-I00.

2. El uso de inteligencia artificial para valorar la credibilidad de la prueba testifical en el proceso penal

2.1. Necesidad y límites de la aplicación de la inteligencia artificial en el proceso penal

El interés por la utilización de tecnologías de inteligencia artificial en el proceso penal está centrado en la necesidad de mejorar su eficacia. No obstante, se debe ser consciente de que se trata de una cuestión no exenta de polémica, no sólo por los peligros que conlleva la aplicación de inteligencia artificial –especialmente, en el proceso penal–, sino, también, por pretender que el uso de la inteligencia artificial tenga por finalidad que el proceso sea más eficaz. Centrándose en esta última cuestión, es decir, en el término "eficacia", cuando se utiliza ese término en el ámbito del proceso –hablando de eficacia en el proceso y no, en esencia, de las garantías procesales–, se tiene la sensación de cierta connotación economicista; parece que, de alguna manera, se está reduciendo a lo privado el sistema judicial penal. Nada más lejos de la realidad. Cuando un proceso es ineficaz, es un proceso inútil que no cumple o impide la función constitucional encomendada al Poder Judicial ni garantiza, tampoco, plenamente, el derecho constitucional de acceso a la jurisdicción que tiene la ciudadanía³.

Por esta razón, el estudio de la posibilidad de aplicar inteligencia artificial en el proceso penal es una cuestión que, aunque sin duda, controvertida, no puede por este motivo dejarse de estudiar, quizá incluso para llegar a la conclusión de que su uso en el proceso es inviable. La doctrina procesalista se muestra reticente a una aplicación generalizada en

³ Recordando a Juan Montero Aroca, cuando explica la evolución científica del Derecho Jurisdiccional, expone, "Cuando se habla de la eficacia del proceso se está en realidad cuestionando la eficacia del Poder Judicial, y de ahí la gravedad de unas leyes procesales no adecuadas para hacer frente a las necesidades reales de la sociedad." Juan Montero Aroca, Derecho Jurisdiccional I. Parte General (Valencia Tirant lo Blanch: 2019), 35.

el proceso y, más aún, si se trata del proceso penal, por la especial configuración de este y los derechos que en él se garantizan, debido a los múltiples riesgos que su uso puede suponer para los derechos y garantías fundamentales procesales, sobre todo, en el caso de aplicar inteligencia artificial para la toma de decisiones judiciales, sustituyendo la decisión judicial⁴.

No se pretende la utilización de la inteligencia artificial para este último uso que, en efecto, pone en riesgo principios generales del derecho procesal penal, como se ha tenido ocasión de señalar en anteriores trabajos⁵, sino que se estudia un uso muy concreto y como herramienta de ayuda en la valoración judicial de la prueba testifical.

2.2. Avances en el uso de la inteligencia artificial como fuente o medio de prueba

Es significativo el desarrollo que los sistemas de IA están teniendo en el proceso penal. Así, pueden aportar valiosa información en la investigación y enjuiciamiento de los hechos delictivos. En efecto, la IA, junto con técnicas de Big Data y minería de datos, puede ser una herramienta eficaz para la búsqueda, selección y análisis de la información que se encuentra en diferentes fuentes y bases de datos, a los efectos de determinar la autoría y las circunstancias del delito⁶. En particular, es fácil observar

⁴ Sobre los riesgos de la inteligencia artificial en el proceso penal, Juan Luis Gómez Colomer, La contracción del Derecho Procesal Penal (Valencia Tirant lo Blanch, 2020), 421-437. También Silvia Barona Vilar, "Inteligencia artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia: ¿solución o problema?", Revista Boliviana de Derecho, n.º 28 (2019): 18-49. Jordi Nieva Fenoll, Inteligencia artificial y proceso judicial (Madrid: Marcial Pons, 2018). Monserrat De Hoyos Sancho, "El uso jurisdiccional de los sistemas de inteligencia artificial y la necesidad de su armonización en el contexto de la Unión Europea", Revista General de Derecho Procesal, n.º 55 (2021). Andrea Planchadell Gargallo, "La justicia civil y penal ante el reto de la inteligencia artificial: una aproximación", Actualidad Penal, n.º 81 (2021). Ana Montesinos García, "Los algoritmos que valoran el riesgo de reincidencia", Revista de Derecho y proceso penal, n.º 64 (2021). Raquel Borges Blázquez, "El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal", IUS ET SCIENTIA 6, n.º 2 (2020). Pilar Martín Ríos, "Empleo de big data y de inteligencia artificial en el ciberpatrullaje", IDP, n.º 36 (2022).

⁵ Miren Josune Perez Estrada, "El uso de algoritmos en el proceso penal y el derecho a un proceso con todas las garantías", en Claves de la justicia penal feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad (Madrid: Tirant lo Blanch, 2019), 235-254.

⁶ En este sentido, el actual Anteproyecto de Ley de

que a través de la huella digital se pueden obtener los datos personales, que posibiliten las diligencias de investigación tecnológicas dirigidas al mapeo y análisis de datos⁷. De la misma manera, los dispositivos inteligentes que registran automáticamente información sobre la ubicación, comunicaciones, hábitos, datos biológicos, etc., se convierten en sí mismos en fuente de prueba, que pueden ser agregados al proceso. Incluso, se estudian posibilidades de IA en la valoración de los diferentes medios de prueba⁸.

Se incluyen aquí herramientas para identificar o establecer correspondencias entre individuos y rastros digitales, interpretar materiales digitales ambiguos, reconstruir hechos a partir de ciertas evidencias, etc. Es también habitual que prácticas estándar en la investigación de los hechos, como, por ejemplo, las pruebas de ADN, el análisis de huellas y otros rastros, las pruebas balísticas o los análisis de audios y de imágenes, utilicen también sistemas basados en inteligencia artificial para la determinación de los resultados⁹.

Si bien la introducción de estas tecnologías supone una mejora de las técnicas de investigación, generando nuevas fuentes de prueba, elementos de prueba o como instrumentos de valoración de la prueba, ello conlleva un cambio de paradigma de la actividad probatoria que puede afectar a los principios y garantías procesales¹⁰. El uso de esta tecnología que, sin duda, es determinante para la fijación de los hechos, tiene el riesgo

de que puede afectar al derecho de defensa y al principio de presunción de inocencia, dado que es casi imposible desvirtuar la validez de sus resultados. Lo que conllevará, si no se regula de manera adecuada, a que reemplace totalmente el juicio humano y deje sin efecto la presunción de inocencia¹¹. De la misma manera, su empleo por una de las partes puede afectar al principio de igualdad de armas¹², además, de que habrá de establecerse estándares adecuados de transparencia para poder tener acceso a los datos y algoritmos del sistema, lo que permitiría alegar, contradecir e impugnar el resultado obtenido.

Especialmente, cuando se les deniega a las partes el acceso a información aportada al proceso con el fin de poder constatar su funcionamiento, con motivo de proteger la patente de los códigos fuente desarrollados por la empresa privada, puede suponer una afectación del principio del proceso debido y un desequilibrio patente en el proceso penal entre el Estado con el monopolio de la acusación en manos del Ministerio Fiscal y el acusado¹³.

¹¹ De Hoyos Sancho, "El uso jurisdiccional de los sistemas de inteligencia artificial y la necesidad de su armonización en el contexto de la Unión Europea", 7-8.

¹² El primer caso en el que un tribunal de apelación reconoció un "privilegio" procesal a favor del secreto empresarial en el ámbito penal es en Estados Unidos, *People v. Superior Court (Chubbbs)*, n.º. B258569, 2015 WL 139069 (Cal. Ct. App. Jan. 9, 2015). En este asunto se rechazó el acceso del acusado al código fuente del software que evaluó la probabilidad de que su ADN formara parte de una muestra compleja de varios ADNs mezclados extraída de la escena del crimen. Esta es la postura que, hasta ahora, los tribunales

estadounidenses han mantenido en relación a los códigos fuente; recordemos también en relación con otros sistemas algorítmicos utilizados en la justicia penal, como los sistemas de evaluación de riesgos de reincidencia (COMPAS), se ha mantenido la misma postura.

¹³ Precisamente, se ha impugnado la utilización de este tipo de sistemas por entender que no se ha proporcionado a la defensa información suficiente sobre su empleo, aunque el recurso fue desestimado. Es relevante al respecto, el asunto *State v. Hickerson*, 228 So. 3d 251 (La. Ct. App. 2018), en el que el fiscal utilizó, sin conocimiento de la defensa, un sistema algorítmico de evaluación de riesgos, entre cuyas funcionalidades se hallaba la elaboración automática de gráficos que mostraban las conexiones entre distintos individuos a partir de la información disponible en su base de datos, para determinar la pertenencia del acusado a una banda responsable de diversos delitos; herramienta que resultó determinante para su condena. La defensa solicitó la nulidad del juicio cuando tuvo conocimiento de ese hecho, pero el tribunal rechazó la solicitud argumentando que aquel sistema no jugó ningún papel en la resolución del caso. Del mismo modo, en *Lynch v. State*, 260 So. 3d 1166 (Fla. Dist. Ct. App. 2018), se apelaba la condena impuesta a un acusado cuya identificación se realizó mediante un sistema de reconocimiento facial a partir de una foto de móvil. El software, además del condenado, identificó a otros cuatro posibles sospechosos cuyas

Enjuiciamiento Criminal, en su art. 516 recoge, expresamente, la posibilidad de que el Juez de Garantías autorice "la utilización de sistemas automatizados o inteligentes de tratamiento de datos para cruzar e interrelacionar la información disponible sobre la persona investigada con otros datos obrantes en otras bases de titularidad pública o privada", siempre que concurren determinados requisitos.

⁷ Federico Bueno De Mata, "Macrodatos, inteligencia artificial y proceso: luces y sombras", *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 51 (2020): 1 y ss.

⁸ Jordi Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial* (Madrid: Marcial Pons, 2018), 79 y ss. José Bonet Navarro, "Valoración de la prueba y resolución mediante inteligencia artificial", en *Derecho procesal: retos y transformaciones* (España: Atelier, 2021), 315-337.

⁹ José Ignacio Solar Cayon, "Inteligencia artificial y justicia digital", en *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho* (España: Ediciones Laborum, 2022).

¹⁰ Silvia Barona Vilar, *Algoritmización del Derecho y de la justicia* (España: Tirant lo Blanch, 2021), 502 y 600-602.

3. El sentido de la aplicación de inteligencia artificial como herramienta de ayuda para la valoración de la prueba testifical

Como se ha señalado, el uso de herramientas o sistemas de inteligencia artificial o expertos pueden emplearse para la valoración y argumentación de la prueba en los órganos judiciales. Si bien, y dado el sistema de libre valoración probatoria que rige en el modelo penal español, la apreciación de la prueba resulta más compleja, aun así pueden resultar herramientas de ayuda por parte del órgano judicial, como métodos objetivos y explicables¹⁴, que otorguen mayores garantías que la valoración probatoria obtenida únicamente al amparo del principio de inmediación¹⁵. Todo ello, con el fin de trascender del método heurístico judicial¹⁶.

Por lo tanto, las declaraciones de las personas, como lo es una declaración testifical, son parcialmente objetivables respecto de las circunstancias que afectan a la credibilidad de su testimonio, por lo que podrían digitalizarse o traducirse en el lenguaje de programación¹⁷.

Existe, en la actualidad, programas que se emplean para valorar la credibilidad de los testigos, por ejemplo, el programa *Advocate*. Este *software* se basa en la distancia del observador, la visibilidad, el conocimiento previo entre el testigo y la persona observada, la competencia y conocimiento que se atribuye al testigo (como edad, estudios, capacidad mental, etc.), si se detectan errores en la descripción y contraste de la realidad, el tiempo de observación y el tiempo discurrido entre los hechos y la declaración¹⁸. Se trata de fórmulas algorítmicas, bases estadísticas y sistemas de cálculo, con la finalidad de objetivar la intuición del órgano judicial juzgador, buscando la realidad de los hechos que han ocurrido¹⁹.

Conclusiones

El uso de inteligencia artificial en la valoración de la prueba –que en el proceso penal español descansa en la libre valoración– puede ser de utilidad a los efectos de su objetivación. No obstante, en lo que concierne a la valoración de la credibilidad de una prueba testifical, las herramientas de inteligencia artificial pueden ayudar en la decisión judicial si puede, al mismo tiempo de prestarse declaración, comprobar que la declaración del testigo es compatible con el resto de las pruebas practicadas en el juicio oral. Sin embargo, en ningún caso, estas herramientas sustituirán, en su totalidad, a la valoración judicial que se realice, debido a que están implícitos otros elementos, como el ético y el emocional que son insustituibles.

fotografías no fueron proporcionadas a la defensa. No obstante, el tribunal de apelación confirmó la condena bajo el argumento de que la defensa no pudo demostrar que el resultado del juicio habría sido diferente si hubiera tenido acceso a las fotografías.

¹⁴ Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho* (España: Marcial Pons, 2002); y, *La valoración racional de la prueba* (España: Marcial Pons, 2007).

¹⁵ Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán (España: Trotta, 1992). Así, Nieva Fenoll, sostiene que la IA podría, en cambio, contribuir a ofrecer resultados basados en datos bastante objetivables en función de los medios de prueba empleados. Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*.

¹⁶ Pere Simón Castellano, sostiene que "...debemos valorar la posibilidad real de que los sistemas de IA ofrezcan una oportunidad, también, para expulsar de las salas de justicia los atávicos heurísticos judiciales o, lo que es lo mismo, las emociones, gustos, prejuicios, preferencias, aficiones y otros elementos que no siempre resultan confesables y que están muy presentes en la valoración que realiza el juzgador. Pere Simón Castellano, "Inteligencia artificial y valoración de la prueba: las garantías jurídico-constitucionales del órgano de control", *THÉMIS-Revista de Derecho*, n.º 79 (2021): 288.

¹⁷ Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, 81.

¹⁸ Michael C. Bromby y Maria Jean J. Hall, "The Development and Rapid Evolution of the Knowledge Model of ADVOKATE: An Advisory System to Assess the Credibility of Eyewitness Testimony", *Legal Knowledge and Information Systems. The Fifteenth Annual Conference*, IOS Press (2002): 143-152.

¹⁹ Precisamente, Nieva Fenoll, considera que estas herramientas deberían incluir: "(i) la coherencia de la declaración; (ii) la contextualización o capacidad del interrogado de recuperar la descripción del escenario en el que sucedieron los hechos; (iii) la corroboración en otros medios de prueba de lo declarado; y (iv) la existencia o no de comentarios extra, oportunistas, que solo buscan reforzar retóricamente la declaración y que, a la postre, nos indican que el declarante puede tener algún fin metajurídico o voluntad de proyectar una realidad determinada al juzgador." Siendo el parámetro de la corroboración el que mejor se puede comprobar mediante la inteligencia artificial. Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, 84 y ss.

Bibliografía

- Barona Vilar, Silvia. "Inteligencia artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia: ¿solución o problema?". Revista Boliviana de Derecho, n.º 28 (2019): 18-49.
- Bonet Navarro, José. "Valoración de la prueba y resolución mediante inteligencia artificial". En Derecho procesal: retos y transformaciones. España: Atelier, 2021.
- Borges Blázquez, Raquel. "El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal", IUS ET SCIENTIA 6, n.º 2 (2020).
- Bromby, Michael C. y Maria Jean J. Hall. "The Development and Rapid Evolution of the Knowledge Model of ADVOKATE: An Advisory System to Assess the Credibility of Eyewitness Testimony.". Legal Knowledge and Information Systems. The Fifteenth Annual Conference, IOS Press (2002): 143-152.
- Bueno De Mata, Federico. "Macrodatos, inteligencia artificial y proceso: luces y sombras". Revista General de Derecho Procesal, n.º 51 (2020): 1 y ss.
- Castellano, Pere Simón. "Inteligencia artificial y valoración de la prueba: las garantías jurídico-constitucionales del órgano de control". THĒMIS-Revista de Derecho, n.º 79 (2021): 288.
- De Hoyos Sancho, Monserrat. "El uso jurisdiccional de los sistemas de inteligencia artificial y la necesidad de su armonización en el contexto de la Unión Europea". Revista General de Derecho Procesal, n.º 55 (2021).
- Ferrer Beltrán, Jordi. Prueba y verdad en el derecho. España: Marcial Pons, 2002.
- . La valoración racional de la prueba. España: Marcial Pons, 2007.
- Gómez Colomer, Juan Luis. La contracción del Derecho Procesal Penal. Valencia Tirant lo Blanch, 2020.
- Martín Ríos, Pilar. "Empleo de big data y de inteligencia artificial en el ciberpatrullaje". IDP, n.º 36 (2022).
- Montero Aroca, Juan. Derecho Jurisdiccional I. Parte General. Valencia Tirant lo Blanch: 2019.
- Montesinos García, Ana. "Los algoritmos que valoran el riesgo de reincidencia". Revista de Derecho y proceso penal, n.º 64 (2021).
- Nieva Fenoll, Jordi. Inteligencia artificial y proceso judicial. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- Perez Estrada, Miren Josune. "El uso de algoritmos en el proceso penal y el derecho a un proceso con todas las garantías". En Claves de la justicia penal feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad. Madrid: Tirant lo Blanch, 2019.
- Planchadell Gargallo, Andrea. "La justicia civil y penal ante el reto de la inteligencia artificial: una aproximación". Actualidad Penal, n.º 81 (2021).
- Solar Cayon, José Ignacio. "Inteligencia artificial y justicia digital". En Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho. España: Ediciones Laborum, 2022.
- Taruffo, Michele. La prueba de los hechos. Traducido por Jordi Ferrer Beltrán. España: Trotta, 1992.
- Vilar, Silvia Barona. Algoritmización del Derecho y de la justicia. España: Tirant lo Blanch, 2021.

Lorenzo M. Bujosa Vadell¹

PRINCIPIOS, DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES ¿DIFERENTES O IGUALES?

Sumario: 1. Introducción; 2. Los valores superiores; 3. Los principios procesales; 4. Los derechos y las garantías procesales; 5. ¿Diferencia o igualdad?; 6. La preocupación por la efectividad; 7. Conclusiones.

1. Introducción

Si se entiende el derecho procesal como lo hacía, desde un punto de vista institucional, el Prof. Almagro Nosete², como garantía del ordenamiento jurídico, el derecho procesal es un derecho garante del derecho. Así, es el conjunto de normas que implica el cierre del sistema jurídico. No obstante, esta última afirmación debe matizarse, pues en algunas épocas históricas no tan lejanas, se ha confundido la norma jurídica como equivalente a la ley formal, producto de los equilibrios mayoritarios del parlamento. En la actualidad, limitar la comprensión del derecho procesal al derecho de los códigos, más algunas leyes especiales, se aparece como notablemente incorrecto.

¹ Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Salamanca, España.

² José Almagro Nosete, Derecho Procesal I (Valencia: Trivium, 1986), 16. Añadía en la página 18 una definición canónica de Derecho Procesal, concebido como el "conjunto de normas que contienen y desarrollan las reglas, las condiciones y límites de las garantías constitucionales de los ciudadanos, en cuanto a la aplicación coercitiva e imparcial de las leyes, por los órganos jurisdiccionales, referidas a situaciones concretas, formalizadas según las pretensiones de las partes actuantes y decididas por medio de resoluciones imperativas, conforme a un método jurídico".

En el contexto del derecho continental, a partir de la Segunda Guerra Mundial, se fueron creando o fortaleciendo algunos elementos que volvieron más complejos los sistemas jurídicos y superaron la estrecha concepción legalista, colocando en primera línea a nuevos protagonistas: por un lado, las constituciones superaron las concepciones meramente programáticas y se convirtieron en normas jurídicamente vinculantes –además de lo que es el envés de tal afirmación: exigibles– y, por otro, se completaron los niveles múltiples de la protección jurídica con las exigencias de la convencionalidad.

Es cierto que, no en escasas ocasiones, ha funcionado la ley del péndulo y se ha llegado a un significativo desdén por el resultado de la actividad legislativa ordinaria en favor de una interpretación directa y voluntarista de las normas constitucionales y de los tratados internacionales. Los órganos jurisdiccionales no han sido ajenos a ello, de modo que la superación de los injustificados excesos positivistas ha derivado, en algunos casos, en un activismo ilimitado que corre el riesgo de llevar frustración a los justiciables y, desde luego, a desconocer el reparto de funciones públicas entre los poderes debidamente separados de un Estado de derecho. Bien, es verdad que la insuficiencia o impotencia de algunos de los poderes constitucionales –principalmente el Ejecutivo–, con frecuencia, hace necesaria una proactividad de la jurisdicción, situándola en puridad *ultra vires*, para hacer efectivo materialmente el Estado social y democrático de derecho.

El enfoque se debe colocar, pues, entre ambos extremos, siendo conscientes de que la ley formal es insuficiente para definir el actual fenómeno jurídico procesal, y que debe ser acompañada por los valores constitucionales, por los principios que informan la complejidad denominada proceso, por las garantías que elevadas a rango constitucional o convencional –usualmente a ambos a la vez– y por los derechos subjetivos de carácter fundamental que emanan de todo ello y tienden no solo a procurar la efectividad de la especialidad jurídica, sino, retomando la afirmación de Almagro, propiciando la efectividad del conjunto del derecho³. En la base de todo ello se encuentra la preocupación por la protección eficiente y eficaz de la dignidad humana ante la necesidad de la plena satisfacción jurídica de las pretensiones procesales⁴.

3 Nos situamos en una concepción dinámica del Derecho, que atiende a la práctica social y que trata de superar la confrontación tradicional entre iusnaturalistas y positivistas, configurada no solo las normas jurídicas positivas, sino también su justificación moral externa, configurada por los valores y los fines trazados en la respectiva Constitución política, que a su vez está abierta a todo el acervo procedente de los órganos supranacionales de interpretación y aplicación de convenciones internacionales de derechos humanos y libertades fundamentales. Miguel Ángel Rodilla González, *Teoría del Derecho* (Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2013); y, Manuel Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social* (Madrid: Trotta, 2017).

4 Jaime Guasp Delgado, "La pretensión procesal", *Anuario de derecho civil* 5, n.º 1 (1952): 7-61.

En ello se vislumbra, inevitablemente, una necesaria tendencia hacia la humanización del proceso⁵, de modo que las formas procesales están al servicio del ser humano y de sus garantías. El instrumento procesal, conservando su esencia y elementos fundamentales, debe amoldarse a las necesidades del litigio planteado ante los órganos jurisdiccionales, propiciando que las pretensiones determinen la eliminación de trámites vacíos de sentido⁶; con lo que, en definitiva, se adapta el proceso mismo a la prevalencia del derecho sustancial, tal y como ordena el texto constitucional (art. 228 CP)⁷.

2. Los valores superiores

El frontispicio de la Constitución Española de 1978 (CE) proclama lo que denomina los valores superiores del ordenamiento jurídico⁸. Son, como recuerda Vila Casado⁹, conceptos axiológicos que rigen la actividad del legislador o, dicho de otra manera, metas a las que desde la perspectiva constitucional hay que dirigir la función legislativa. En este sentido, se han definido como guía para que el legislador desarrolle el ordenamiento jurídico, pero también para que el juez aplique e interprete el derecho¹⁰.

5 Marcel Storme y Helene Casman, *Towards a justice with human face. The first international congress on the Law of Civil Procedure* (Antwerpen: Faculty of Law - State University Of Ghent, 1978).

6 En este sentido, Ramón García Odgers, *El caso management en perspectiva comparada. Teoría, evolución histórica modelos comparados y un caso en desarrollo* (Santiago de Chile: Tirant Lo Blanch, 2020).

7 Es pertinente recordar así la doctrina contenida en la Sentencia No. C-029/95: "las normas procesales tienen una función instrumental. Pero es un error pensar que esta circunstancia les reste importancia o pueda llevar a descuidar su aplicación. Por el contrario, el derecho procesal es la mejor garantía del cumplimiento del principio de la igualdad ante la ley. Es, además, un freno eficaz contra la arbitrariedad. Yerra, en consecuencia, quien pretenda que en un Estado de derecho se puede administrar justicia con olvido de las formas procesales. Pretensión que sólo tendría cabida en un concepto paternalista de la organización social, incompatible con el Estado de derecho."

8 El apartado primero del artículo 1 CE dispone: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

9 Iván Vila Casado, *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo* (Bogotá: Universidad Libre 2012), 236.

10 Oscar Alzaga Villaamil, "Los valores superiores del ordenamiento jurídico", en *Derecho Político español según la Constitución de 1978. Tomo I. Constitución y fuentes del Derecho*

Es importante, en un Estado social y democrático de derecho, recordar una disposición constitucional del más alto nivel que se refiere directamente a la constitución material y tiene directa relación con los valores constitucionales; de modo que, aunque se trate de conceptos abiertos, no están absolutamente vacíos de contenido. Así, el artículo 9.2 CE, con una evidente ascendencia constitucional italiana (art. 2 CI) tiene un denso programa de actuación dirigido a todos los poderes públicos sin excepción, cuando establece que "[c]orresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

Los sujetos procesales, por tanto, también están llamados a esta admonición, aunque es cierto que los primeros sujetos constitucionales que deben atender este requerimiento son quienes tienen la potestad de creación normativa y, sólo de manera indirecta, aquellos a los que se les atribuye la función interpretativa y aplicativa de las normas jurídicas. Como decía Peces Barba¹¹, el lenguaje utilizado en la positivización de los valores es descriptivo, mientras que el uso lingüístico normal en el derecho es prescriptivo. Lo que se hace al incluir en una norma jurídica los valores superiores es nada menos que la positivación de los fundamentos éticos de un sistema político a través de su ordenamiento jurídico, que se concretan en "criterios de valoración", en los términos de Alexy¹².

Con toda su potencialidad ética los valores deben tener un efecto irradiador en todo el ordenamiento jurídico, con lo que la separación entre derecho y moral de los antiguos positivistas se ve superada, sin necesidad de postular preexistencias naturales de derechos, ya que estos mismos valores se encuentran

(Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001), 282-289.

11 Gregorio Peces-Barba Martínez, *Los valores superiores* (Madrid: Tecnos, 1984).

12 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002), 122-125.

positivizados¹³. A este respecto, son valiosas las puntualizaciones de Ramos Pascua: "cuando aquí nos remitimos, como trasfondo moral del Derecho, a las convicciones ético-políticas socialmente compartidas o dominantes en nuestras sociedades occidentales, no estamos presuponiendo que se trata de una moral puramente convencional o costumbrista. Se trata de una moral que tiene a su favor una fuerte presunción de racionalidad"¹⁴.

3. Los principios procesales

Desde una dimensión deontológica el análisis se encuentra con los principios del derecho¹⁵. En palabras de Alexy:

Lo que en el modelo de los valores es la mejor *prima facie*, en el modelo de los principios es debido *prima facie*; y lo que en el modelo de los valores es lo mejor en definitiva, en el modelo de los principios es debido en definitiva. De esta manera, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud del carácter deontológico de los primeros y del carácter axiológico de los segundos.¹⁶

Así, dentro de esta perspectiva deontológica, de acuerdo a la famosa distinción de ALEXY, se distingue entre reglas y principios, vistos estos últimos como "mandatos de optimización", es decir, como "normas que ordenan que algo sea realizado en mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes"¹⁷. Cuando entran en colisión, uno debe ceder ante otro, a través de la discutida metodología de la ponderación¹⁸.

Dworkin destaca la conexión de los principios con los valores cuando afirma que entiende como principio "un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad"¹⁹.

No obstante, cuando se habla de principios se puede observar una cierta anfibia²⁰, en especial, cuando se lo hace en el ámbito del derecho procesal y, en particular, cuando se habla de principios procesales. Es así, porque cuando se adopta esta perspectiva no siempre se mantiene en todos los casos esa actitud deontológica del deber ser, sino que se sitúa en una posición mucho más neutral y descriptiva. En este sentido, aparte de unos principios procesales que aparecen intrínsecamente ligados a los fundamentos del derecho procesal, se acostumbra a añadir otros, casi tan importantes como los primeros, pero que aparecen como pares opuestos y de aplicación relativa. Es significativa, por ejemplo, la generalizada opción por la oralidad en los procesos. Sin embargo, salvo algunas escasas y concretas excepciones, no supone una erradicación absoluta de la escritura en la configuración de los vigentes procedimientos, sino más bien una articulación dependiente de las necesidades del equilibrio en las formas procesales y, en último término, en las garantías fundamentales implícitas.

Así pues, al hablar de principios procesales se puede hacer referencia a prescripciones normativas generales de obligado cumplimiento, por ejemplo, las derivadas de una correcta y adecuada heterocomposición, o, en cambio, se puede hacer referencia a opciones

lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso". *Ibid.*, 71.

¹⁹ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel DERECHO, 2004), 72.

²⁰ No en vano, Margarita Beladiez Rojo, afirma: "La definición de lo que ha de entenderse por principio jurídico o principio general del Derecho (expresiones que van a ser empleadas como sinónimas, como más adelante se precisará) es una de las cuestiones que más difíciles resultan a los juristas. La razón de esta dificultad se comprende con sólo atender a su significado meramente gramatical. Es claro, que si por principio se entiende 'el elemento fundamental de una cosa', los principios jurídicos sólo pueden ser los fundamentos del Derecho, y ahí radica, precisamente, la complejidad de su definición". Margarita Beladiez Rojo, *Los principios jurídicos* (Madrid: Tecnos, 1997), 17.

concretas expresadas en las leyes procesales –por tanto, opciones de un legislador de un lugar y un momento histórico determinados– y de las que se deduce una formulación general elaborada más bien de manera inductiva, a partir de la concreta configuración legal²¹. En esta última acepción, los principios muestran tendencias priorizadas por el legislador para la tramitación de conjuntos de pretensiones, que servirán para colmar lagunas en casos de dudas, de vacíos legales concretos, a través de deducciones argumentativas que, *a priori*, no tienen nada que ver con los hechos enjuiciados, sino más directamente con el derecho aplicable²².

Se observa, por tanto, que no todos los principios van a estar en un mismo nivel de exigibilidad, por lo menos, como mandato de optimización al legislador al promulgar las leyes procesales; sin que se deba menospreciar en absoluto aquellos otros principios que han sido objeto de una preferencia legislativa específica en cada caso, pues deben informar también el actuar de los distintos sujetos procesales. Así, se presenta, por supuesto, varios niveles de exigencia: por un lado, ciertos principios se derivan de una formulación positiva al máximo nivel (convencional y constitucional), mientras que otros fundamentan su exigibilidad en niveles inferiores (legales), lo cual no los hace menos exigibles a la hora de su aplicación jurisdiccional.

Podría afirmarse aún que existe otro nivel de conformación –donde así se permita por el derecho vigente– que supone a su vez una forma de concretar las reglas procesales aplicables. Específicamente, se hace referencia a aquellos ordenamientos que admiten un amplio ámbito de discrecionalidad para el juez a la hora de concretar –o más bien, de excepcionar– las normas legales ordinarias y conceden a las partes procesales también un

²¹ Es la acepción que sostiene María Victoria Berzosa Francos: "La expresión principios del proceso hace referencia a las ideas base de determinados conjuntos de normas que se deducen de la propia ley aunque no estén expresamente formuladas en ella. Estas ideas o criterios constituyen, por tanto, el sustrato de los distintos tipos procesales, informan su estructura y se manifiestan en su construcción o regulación legal". María Victoria Berzosa Francos, "Principios del proceso", *Justicia*, n.º 3 (1992): 553-4.

²² Joaquín Arce, *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional* (Madrid: Civitas, 1990), 27.

margen amplio para configurar los trámites del procedimiento. Se tienen ejemplos concretos inveterados, como la sumisión respecto a las reglas de competencia territorial. Además, se debe ser conscientes de que a partir de las Reformas Woolf en el derecho inglés²³ y de su influencia en ordenamientos continentales como el portugués o el brasileño²⁴, se han abierto campos mucho más considerables de flexibilización del proceso²⁵.

Lo que se acaba de exponer no es más que una muestra de la riqueza conceptual que se esconde bajo la ciertamente grandilocuente expresión "principios procesales", cuya ambigüedad ha sido destacada ya en el ámbito iberoamericano por Oteiza²⁶, el cual subraya el carácter problemático derivado de la combinación de la relevancia y de la versatilidad de este concepto. A pesar de su contenido complejo, parece indiscutible la utilidad de la formulación de un esquema de principios que afectan al proceso. En ello, sin embargo, se debe tener cuidado de recordar su relatividad²⁷, y no sólo como reflejo de la relatividad conceptual de la jurisdicción y de la acción, sino también de la variada configuración del proceso en cada tiempo y lugar dependiendo de otros parámetros menos fundamentales, tales como cambiantes preferencias formales. Con ello, se da a entender también el distinto grado de fortaleza de los grupos de principios: como se verá, no todos ellos van a cristalizar en derechos y garantías fundamentales, pues su posición en el sistema procesal dista de ser idéntica.

²³ Freshfields, *The Woolf Reforms In Practice*. Freshfields Assess The Changing Landscape (London: Butterworths Law, 1998). y Déirdre Dwyer, *The Civil Procedure Rules Ten Years On* (Oxford: Oxford University Press, 2009).

²⁴ Antonio do Passo Cabral y Pedro Henrique Nogueira, *Negócios Processuais* (Salvador de Baía: JusPodivm, 2019).

²⁵ Un ejemplo significativo serían los acuerdos probatorios, sobre los que puede verse: Luiz Guilherme Marinoni, "El acuerdo sobre la prueba y los objetivos del proceso civil", *La prueba en el proceso*. Evidence in the process (Barcelona: Atelier, 2018), 79-104.

²⁶ Eduardo Oteiza, "Introducción. Principios procesales: aclaraciones para contrarrestar su ambigüedad", en *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica* (Lima: Palestra, 2018), 13-30.

²⁷ Jose Vicente Gimeno Sendra, *Fundamentos de Derecho Procesal*. (Jurisdicción, Acción y Proceso) (Madrid: Civitas, 1981).

¹³ Continúa diciendo Peces-Barba Martínez, refiriéndose al artículo 1.1. CE, que "Esta norma tiene una dimensión de totalidad en relación con el sistema jurídico, con el Ordenamiento y, es guía y modelo ético para la interpretación y para el desarrollo del mismo y también límite".

¹⁴ José Antonio Ramos Pascua, *La ética interna del Derecho* (Bilbao: Desclée De Brouwer, 2007), 36.

¹⁵ En palabras de Vila Casado: "Los principios, como ya se indicó, son conceptos deontológicos; pertenecen, por tanto, al mundo del deber ser. Los valores son, en cambio, conceptos axiológicos; responden al criterio de lo bueno, lo mejor". Vila Casado, *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, 241-242.

¹⁶ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 125-126.

¹⁷ *Ibid.*, 67 y ss.

¹⁸ "Los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principios, como quiera que solo pueden entrar en colisión principios válidos- tienen

A su vez, es importante distinguir lo que son verdaderos principios procesales, aún dentro de la variedad de sentidos que se puedan dar a este concepto, respecto a otras normas generales y abstractas, cuya relevancia estructural y definitoria del sistema procesal es menor, y que pueden servir solo como reglas interpretativas más secundarias²⁸. De este modo, respetando las dimensiones limitadas de esta exposición, se enunciará aquellos principios esenciales que deben caracterizar cualquier vía en la que un tercero interviene para colaborar o para decidir sobre las pretensiones interpuestas, aquellos otros que, si bien parten de una concepción pública del proceso, atienden a la variedad de naturaleza del derecho material en que pueden basarse las pretensiones ejercitadas, aquellos que distribuyen las facultades procesales entre el juzgador y las partes procesales y aquellos que atienden a la concreción formal del procedimiento en sus diversas vertientes.

Aunque interesan de manera central los principios derivados de las disposiciones estrictamente procesales, es evidente que estas se aplicarán en un contexto determinado de reparto del poder público, que es el fijado en la Constitución Política²⁹. En último término, los valores, principios, derechos y garantías

tendrían escasa eficacia práctica si no hubiera un sistema orgánico encargado de ejercitar una potestad derivada de la soberanía que es la jurisdiccional, que se atribuye a determinados órganos, para que, cada uno de ellos, según el ámbito de competencias determinado de manera rígida, pueda ejercitar la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado ante cada una de las pretensiones que les sean válidamente planteadas, respecto, en primer lugar, a los derechos fundamentales, pero también, en segundo lugar, respecto al resto del ordenamiento jurídico. Lo más importante es, sin embargo, garantizar que las decisiones que se adopten sean realmente imparciales, entendiendo la imparcialidad como reflejo procesal de la independencia judicial, que opera desde la vertiente constitucional³⁰. De este modo, la exclusividad sirve como condición de reforzamiento de la independencia, pero con una finalidad muy concreta: asegurar que la función jurisdiccional se ejercite con sometimiento a la Constitución, a la ley y al resto del ordenamiento jurídico, y no atendiendo a intereses particulares y espurios³¹.

Situándose ante el proceso como instrumento principal que proporciona el Estado para permitir el efectivo acceso a la justicia, sin perjuicio de la coexistencia con otras modalidades de administración de la justicia, se presentan algunos rasgos característicos que actúan como principios estructurales.

²⁸ A ello se refiere, José Luis Vázquez Sotelo, cuando afirma: "Conviene ante todo distinguir entre principios y aforismos o reglas jurídicas. Debemos a JUSTINIANO la inclusión en el Digesto de una colección de regulae iuris que han llegado a nuestros días y que constantemente se repiten en los trabajos doctrinales o en escritos forenses y de las que hace uso también la Jurisprudencia. Esto hace que sea fácil confundir esos aforismos con los principios procesales, creyendo que cada afirmación traduce un principio". José Luis Vázquez Sotelo, "Los principios del proceso civil", Justicia, n.º 3 y 4 (1993): 600

²⁹ Es sabido que la configuración del poder político y sus particularidades en cada Estado es consecuencia de factores diversos que tienen mucho que ver con la historia propia y con la influencia de una sociedad cada vez más globalizada. En España, tras unas largas décadas en que se había utilizado torcidamente la creación de jurisdicciones especiales o la utilización de las existentes como medio de persecución política, el Constituyente quiso que quedaran claramente fijados en la parte orgánica de la Constitución de 1978 varios principios o garantías de la jurisdicción y entre ellos los de unidad y de exclusividad jurisdiccional que cumplen una importante misión constitucional: básicamente asegurar que el ejercicio de la jurisdicción se realice con la independencia judicial; pero este aseguramiento no se realiza de cualquier modo sino de una manera concreta. Se trata de que quienes ejerzan la función jurisdiccional estén sometidos a un mismo y único estatuto jurídico de derechos y deberes (el contenido en la Ley Orgánica del Poder Judicial) y estén vinculados en cuanto a su régimen jurídico –pero no, obviamente, en cuanto al ejercicio concreto de la jurisdicción– al Consejo General del Poder Judicial.

³⁰ María del Carmen Calvo Sánchez, explica que "La independencia e imparcialidad aparecen como caracteres de los momentos desde los que puede ser contemplada la Jurisdicción. La independencia alude al momento constitucional, a la Jurisdicción como Potestad; la imparcialidad al momento procesal, a la Jurisdicción como Función". María del Carmen Calvo Sánchez, "La recusación de los Jueces y Magistrados (I)", Revista Universitaria de Derecho Procesal, n.º 1 (1988): 75.

No puedo sin embargo negar las dificultades prácticas de estas garantías, que quedan claramente ilustradas en las páginas de Alejandro Nieto, cuando habla de "la independencia como retórica". Alejandro Nieto, El malestar de los jueces y el modelo judicial (Madrid: Trotta, 2010), 130 y ss.

³¹ En este sentido José Almagro Nosete, afirmaba el carácter instrumental de la independencia judicial respecto a la imparcialidad "que es, en realidad, el fin perseguido por las garantías en que aquélla se manifiesta" (José Almagro Nosete et al., Derecho Procesal. Tomo I. Proceso Civil (2) (Valencia: Tirant lo Blanch, 1986), y Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover y Candido Rangel Dinamarco: "A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes. Por isso, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial: e o Estado, que reservou para si o exercício da função jurisdiccional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas". Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover y Candido Rangel Dinamarco, Teoria Geral do Processo (São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006), 58-59.

Aunque es obvio que según el cauce de que se trate, e incluso la fase en la que se encuentre, la dosis de cada uno de los principios va a ser desigual, sí aparece diáfano que en el proceso se asegura la aplicación como líneas maestras de los dos primeros grandes principios: se parte de la esencialidad de la contradicción y de la igualdad de armas.

En efecto, ningún órgano jurisdiccional puede decidir sin haber dado la oportunidad de que los interesados en la pretensión ejercitada sean oídos. Este enunciado se aplica también en los procedimientos arbitrales y en aquellos otros métodos autocompositivos en los que se deja la decisión a las partes en conflicto, como los buenos oficios, la negociación, la conciliación o la mediación, pero cuya efectividad va a depender también de una adecuada aplicación de la contradicción³². Pero, además, la contradicción tendría escaso sentido si no viniera acompañada de una posición equilibrada de las partes procesales. Las partes deben contar con las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, básicamente. Sin embargo, si se pretende ajustar el proceso a los valores constitucionales antes mencionados, no basta con detenerse en las apariencias. Así, la igualdad debe tender a ser real y eso implica, por ejemplo, una posición activa del juez, y sería incompatible con un juez meramente espectador de la lucha adversarial de las partes.

Sin perjuicio de los mecanismos de mayor o menor intervención pública, en los Estados sociales de Derecho rige la economía de mercado, la libertad de empresa y la propiedad privada. Así, en el proceso civil predomina la libertad del titular de los derechos que es la determinante del modo de protegerlos. El acceso a la jurisdicción es una de las opciones de la autonomía de la voluntad y, ello tiene evidentes consecuencias en cuanto al inicio, la continuación y la terminación anticipada del proceso, como manifestación del poder de

³² Por lo que estrictamente se refiere a la actuación probatoria Jairo Parra Quijano, describe que "la parte contra la cual se postula, se opone o aporta una prueba, debe conocerla, y ella (la prueba) no se puede apreciar si no se ha celebrado con audiencia o con conocimiento de esa parte. Al proceso no pueden ingresar pruebas en forma subrepticia, escondida, o a espaldas de la contraparte". Jairo Parra Quijano, Manual de Derecho Probatorio (Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2008), 76.

disposición del que aparece como titular del derecho material ejercitado³³.

Por otro lado, también es un elemento básico la determinación del material fáctico sobre el que va a decidir el órgano jurisdiccional. En principio, en el proceso civil, es el que le aportan las partes: principalmente el demandante, aunque también el demandado puede pronunciarse sobre las pretensiones y sobre los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten, los que se niegan y lo que no le constan. Hay, pues, una clara aplicación del principio de aportación de parte, que, además, es lógica en el ámbito del derecho privado, puesto que es normal que, en estos casos, sean las partes las que conocen los hechos y dispongan de las fuentes de prueba respecto de los mismos –o por lo menos saben dónde buscarlas–³⁴. Es cierto que, salvo excepciones, no es lógico que en la mayoría de esos asuntos el órgano público se ponga a investigar como hace la Fiscalía en el proceso penal. Pero no debe confundirse, como tantas veces se ha hecho, la naturaleza privada del derecho material subyacente, con la naturaleza pública del instrumento que el Estado organiza para que pueda satisfacerse en las mejores condiciones el derecho fundamental al acceso a la justicia³⁵. Por ello, la implementación del principio de aportación de parte no puede considerarse incompatible con una posición activa del juez. Se trata de procurar que la verdad procesal, la declarada por el juez en sentencia firme, se ajuste lo más posible a la verdad real³⁶, la verdad a secas; porque, al fin y al cabo, en términos metafísicos la verdad sólo es una³⁷, y en el proceso lo que se trata de hacer

³³ Emilio Gomez Orbaneja, El ejercicio de los derechos (Madrid: Civitas, 1975).

³⁴ "La aportación de parte más que en argumentos dogmáticos se funda en poderosas razones de conveniencia práctica". Vázquez Sotelo, "Los principios del proceso civil", 623.

³⁵ Candido Rangel Dinamarco, A instrumentalidade do processo (São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008), 359-362.

³⁶ Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso (Buenos Aires: Editorial Temis, 1997): "en el proceso lo que importa es la prueba del derecho que se tiene, y que tanto vale no tener un derecho como no poder demostrarlo, pues el juez tiene que fallar conforme a lo probado en el proceso, y por eso la trascendencia de darle facultades para decretar oficiosamente pruebas y tomar la iniciativa que estime necesaria, a fin de poder pronunciarse con absoluto conocimiento de causa y convencimiento pleno de estar obrando conforme a la realidad de los hechos y a la justicia".

³⁷ Michele Taruffo, Simplemente la verdad. El juez y la

es re-construirla³⁸, respetando los derechos y garantías constitucionales. Sin embargo, se debe reconocer que si bien esta es una forma de configurar el proceso, no es la única.

La proposición y la práctica de la prueba, al ser de las actividades procesales más importantes, no agotan los actos en los que quien defina cómo debe ser un determinado proceso, debe decidir dónde situar el límite entre los deberes y potestades del juez y las facultades y cargas de las partes. El carácter público del proceso debe tener sus consecuencias en la dirección material del proceso, dedicada a completar el material probatorio para la formación de la convicción judicial, siempre que ello no afecte al poder de disposición de los derechos e intereses de las partes ni a la imprescindible posición imparcial del juez, justificando una posición activa del juzgador cuando la enfocamos a la dirección estrictamente procesal. Esta no es una concepción exclusiva, aunque sí es la más coherente con las coordenadas éticas que vienen determinadas por la Constitución.

Donde se ha tenido en los últimos decenios las novedades más destacadas ha sido en el aspecto externo de las actuaciones procesales. Así, ha sido con respecto a la oralidad, con la proliferación de los procesos por audiencias, que se ha configurado una incidencia importante en el proceso en su conjunto, hasta el punto de que no ha sido extraño oír hablar de cambio de sistema o variación de paradigma. Como suele ocurrir en las actuaciones orales, se exige la presencia del juez, ante el que principalmente va a practicarse la prueba, y no de manera dispersa y espaciada, sino de manera concentrada, de modo que los actos procesales no se deben llevar a cabo de manera dispersa ni en el espacio ni en el tiempo, sino de modo lo más próximo posible y sin paralizaciones que puedan suponer un inconveniente para esa finalidad, salvo razones muy justificadas³⁹. Contribuye

reconstrucción de los hechos (Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons 2010).

³⁸ Jorge Sobral Fernández y José Antonio Gómez Fragueta, "Los jueces y sus decisiones: la re-construcción de la 'verdad'", en *Psicología Jurídica* (Madrid: Pearson Educación, 2006).

³⁹ Como señala Berzosa Francos: "El segundo de los criterios consecuencia de la oralidad, en la medida en que es posible hablar de prioridades entre ellos, es el principio de concentración,

también a la concentración, la regulación de la preteritoriedad de los términos y oportunidades procesales, así como la exigencia a que el juez cumpla estrictamente los términos señalados en el código para la realización de sus actos. No obstante, no se debe olvidar que el proceso también se ha configurado durante largo tiempo con predominio de la escritura, de la mediación y de la completa desconcentración de actuaciones.

La oralidad suele ir acompañada de la publicidad, que tiene un mayor alcance constitucional, como conquista del Estado liberal frente a la justicia oscurantista, propia del Antiguo Régimen⁴⁰. Se configuró, tras las revoluciones burguesas, como una exigencia de control de la administración de la justicia y, junto con la implantación del Tribunal de Jurado, como una forma de mostrar el enjuiciamiento por los iguales. Por supuesto, ninguno de estos elementos era políticamente neutral, sino imbuido por una sustancial carga ideológica que, respecto al principio de publicidad ante terceros, mantiene toda su razón de ser⁴¹.

4. Los derechos y las garantías procesales

El equilibrio entre la libertad y la igualdad, que debe construirse y actualizarse sin pausa en un Estado constitucional, tiene como centro de concreción el catálogo de los derechos fundamentales, que como derivación de la normatividad de la Constitución (art. 4 CP) adquieren su primacía reconocida en el máximo

que constituye, sin duda, la principal característica exterior del proceso oral y la que tiene mayor influencia en la brevedad de los pleitos". Berzosa Francos, "Principios del proceso", 614.

⁴⁰ A partir de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional español, recuerda que implica que los juicios puedan ser conocidos más allá del círculo de las partes, pudiendo así tener una proyección general, que no puede hacerse efectiva más que con la asistencia del público y de los medios de comunicación, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos por diversas razones no puedan tener directo acceso. Joan Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2012), 139.

⁴¹ Sobre la dimensión política del principio de publicidad, Ernesto Pedraz Penalva: "Hoy en día se suele hablar de publicidad procesal desde el punto de vista del derecho a la inmediata percepción de las actuaciones verificadas por y ante el Tribunal por personas que no forman parte del mismo". Ernesto Pedraz Penalva, "Notas sobre publicidad y proceso", *Poder Judicial*, n.º extra 11 (1990): 206.

nivel (art. 5 CP). En un Estado social y democrático de derecho los más relevantes principios procesales adquieren una importante fortaleza constitucional, convirtiéndose en derechos fundamentales de contenido procesal y, por tanto, derechos subjetivos públicos exigibles por las vías reforzadas de tutela, a la vez que entretejen una sólida red de garantías institucionales que son definitorias del ordenamiento jurídico⁴².

Se observa en ello, por consiguiente, el derecho y el envés de una misma realidad: lo que para los sujetos titulares de derechos –categoría que hace tiempo ha demostrado ir mucho más allá del concepto de personalidad– para la perspectiva pública son garantías constitucionales con un contenido objetivo⁴³. Como recuerda Ramos Méndez, de este modo, se va un paso más allá de lo que tradicionalmente se denominan principios del juicio en el modelo de justicia estatal, justamente porque se resalta la exigibilidad de su observancia y su verificación es permanentemente controlable⁴⁴.

La principal de las garantías constitucionales para evitar que los derechos y obligaciones materiales se conviertan en papel mojado es la proclamación y desarrollo del derecho de acceso al proceso, lo cual no obsta para que, en los supuestos en que el sistema legal lo permita, sea disponible, de modo que pueda renunciarse a él para optar por la resolución del conflicto por otro medio complementario, como el arbitraje, la mediación o la negociación. De ahí, que es muy razonable hablar de garantizar el acceso a la justicia y no sólo al proceso. En la Constitución española se configura el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. De este modo, se proclama en la sección más protegida de la ley fundamental el engarce con las consecuencias constitucionales del reconocimiento de los principios procesales.

Por otro lado, existe un claro propósito de reflejar la realidad por encima de los trámites del procedimiento que no impliquen garantías del debido proceso. De este modo, se produce una selección implícita entre las normas procesales en sentido amplio, pues algunas sí incumben a la sustancia de la protección y efectividad de los derechos⁴⁵. Las garantías procesales básicas también quedan formuladas genéricamente, y protegidas expresamente, en el máximo nivel del ordenamiento jurídico. La norma de normas articula, en definitiva, el núcleo jurídico para la regulación de las vías tendentes a la eficacia de la propia Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Así, el inveterado concepto de acción se entronca constitucionalmente, como se hizo en España a través del artículo 24 CE como "derecho a la tutela judicial efectiva", entendido de forma amplia e inclusiva, como hiciera ya el Prof. Devis Echandía:

[el] derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo que tiene toda persona, natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto, mediante una sentencia y a través de un proceso, con el fin (que es de interés público general) de obtener la declaración, la realización, la satisfacción coactiva o la protección cautelar de los derechos o relaciones jurídico-

⁴² Véase la sentencia n.º 26/1987, de 27 de febrero: "...derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra CE reconoce constituyen también garantías institucionales, aunque, ciertamente, existan garantías institucionales que, como por ejemplo la autonomía local, no están configuradas como derechos fundamentales". España Tribunal Constitucional, Sentencia 26/1987, Boletín Oficial del Estado 71. 24 de marzo de 1987, ECLI:ES:TC:1987:26, <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1987/26>.

⁴³ "Los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos (la doctrina germana los califica, por ello, de Grundwert) y, al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas". Antonio Enrique Pérez Luño, *Los derechos fundamentales* (Madrid: Tecnos, 2013), 16.

⁴⁴ Francisco Ramos Méndez, destaca además el carácter expansivo de estas garantías: "El Tribunal Constitucional, con buen criterio, no se ha preocupado demasiado de construir una clasificación dogmática de las garantías o de ser rigurosos en encuadrar un supuesto concreto en la cobertura de una de ellas con preferencia de otras. Antes bien, la jurisprudencia constitucional ha atendido a los intereses del caso concreto y no ha vacilado en invocar un cúmulo de garantías, todas a una para extraer las consecuencias concretas que procediese". Francisco Ramos Méndez, *El sistema procesal español* (Barcelona: Atelier, 2016), 373-375.

⁴⁵ Como recuerda Jacobo Pérez Escobar: "real efectividad, no sólo por ser respetados y protegidos, lo cual es relativamente fácil de conseguir en tratándose de derechos relacionados con la libertad, sino también para hacer efectivos los derechos de contenido económico, social y cultural o los denominados colectivos o de grupo". Jacobo Pérez Escobar, *Derecho constitucional colombiano* (Bogotá: Editorial Temis, 2010), 323.

materiales, consagrados en el derecho objetivo, que pretende tener quien la ejercita (o la defensa de un interés colectivo, cuando se trata de una acción pública).⁴⁶

5. ¿Diferencia o igualdad?

De la exposición que precede se deduce que esta pluralidad de conceptos tiene su razón de ser, cada uno con su función matizada y complementaria de los demás, para articular el sistema jurídico básico. Los valores como factores axiológicos llamados a constituir fines a los que en último término dirigen toda la actividad pública; los principios como ideas centrales con fuerza normativa que expresan una forma de concebir el proceso, que, con mayor frecuencia, combina variadas tendencias complementarias para responder a una realidad tremendamente compleja.

De poco valdrían esas formulaciones si el Estado social de derecho no hubiera configurado en su ley de leyes una construcción jurídica con una doble cara: subjetiva, para permitir que quienes se hallen necesitados de protección jurisdiccional puedan obtenerla con la mayor eficacia; y objetiva, para integrar esa protección en el tronco central del edificio constitucional⁴⁷. Así, encuentran acomodo los derechos fundamentales de contenido procesal y su reflejo como garantías constitucionales básicas abstraídas de la disposición de los actores políticos ordinarios y, por tanto, por encima de condicionamientos y particularidades específicas.

6. La preocupación por la efectividad

Todo el edificio de conceptos que se imbrican unos con otros tendría escaso sentido si no viniera acompañado por una consciente preocupación por la efectividad. Una de las principales preocupaciones de los diversos poderes públicos debiera ser la que plantea la eficiencia de las normas promulgadas y la eficacia de los derechos que deban ser protegidos a través de los procesos regulados por ellas⁴⁸. Aquí es donde adquiere su importancia la instrumentalidad del proceso, y más aún del procedimiento, que tienen su reflejo en el principio de prioridad del derecho sustancial. Así, el CGP recoge la innovadora fórmula constitucional del artículo 228 CP, sobre la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones de la rama judicial del poder público. Justamente, cuando se trata de perfilar el modo de interpretar las normas procesales, se hace presente la necesidad de "tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial" (art. 11 CGP).

Forma parte de la misma loable tendencia la modernización de las actuaciones procesales a través de la aplicación de los avances tecnológicos, en especial, de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC), que son incorporadas a numerosos momentos procesales, para facilitar la celeridad y la efectividad de la tutela jurisdiccional. No es tarea fácil, como ha demostrado el ejemplo español⁴⁹, pero, seguramente, sea inevitable aprovechar todas las ventajas de las tecnologías informáticas en el ámbito procesal, siempre cuidando de que ello no suponga un

vaciamiento del contenido de algunos de los elementos esenciales del derecho fundamental al proceso con todas las garantías.

La efectividad de la tutela se asegura, además, con la aplicación del principio que reconoce el artículo 10 CGP, pues determina que el servicio de justicia que presta el Estado será gratuito, sin perjuicio del arancel judicial y de las costas procesales. Por tanto, la adecuada aplicación de esta norma dependerá de una razonable articulación de las normas sobre aranceles judiciales y de las que regulan las costas procesales.

⁴⁶ Hernando Devis Echandía, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil* (Bogotá: Editorial Temis, 2009), 217-218.

⁴⁷ José Joaquim Gomes Canotilho: "Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh). A constitucionalização tem como consequência mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdiccional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direitos". José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (Coimbra: Almedina, 2003), 376.

⁴⁸ Francisco Ramos Méndez, *Para un proceso civil eficaz* (Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona 1982), e Isidoro Álvarez Sacristán, "La justicia y su eficacia. De la Constitución al proceso", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 6 (1999).

⁴⁹ En España se han sucedido diversos planes de informatización que han culminado en la Ley 18/2011 de aplicación de las tecnologías de información y comunicación a la Administración de Justicia, cuya implementación se fue retrasando por las dificultades generalizadas de la profunda crisis económica.

7. Conclusiones

En las páginas que preceden se ha tratado de responder paulatinamente respecto a la incidencia de los grandes conceptos que, de manera más directa o más indirecta, se reflejan en la configuración de los procesos y en la interpretación y aplicación de las normas procesales a los casos concretos, además, de la efectividad práctica de todo ello en la constitución material. Aunque puede parecer que se configuran como términos sinónimos, o conceptos similares o asimilados, puede considerarse que cada uno de ellos cumple un rol distinto en la complejidad del Estado social y democrático de Derecho, siempre en último término, con una destacada vocación práctica, a partir de una inequívoca raíz ética, en la que debe encontrarse la dignidad humana y su corolario, la humanización del proceso.

De este modo, a partir de la formulación, en el inicio mismo del texto normativo constitucional, de los valores superiores del ordenamiento que trazan los parámetros principales que deben conducir la actividad pública y las metas a las que debe dirigirse las funciones fundamentales de las distintas ramas del poder público, se articulan unos principios, con su ínsita ambigüedad conceptual, pero con finalidades importantes en la configuración del sistema, pues, o bien pueden servir como ideas-fuerza que seguidamente tienen su concreción al máximo nivel, o bien suponen una generalización de opciones políticas concretas, que pueden servir en la ardua tarea de la interpretación y aplicación de las normas procesales. Los principales elementos para estas últimas se encuentran constitucionalizados como derechos fundamentales y, a su vez, como garantías constitucionales que, lejos de aparecer como proclamaciones de píos deseos, por su propia naturaleza, exigen una cumplida y cuidadosa aplicación en los distintos niveles de la elaboración normativa general, de su concreción reglamentaria y de su aplicación específica.

Bibliografía

- Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Almagro Nosete, José. Derecho Procesal I. Valencia: Trivium, 1986.
- Almagro Nosete, José, Valentín Cortés Domínguez, Vicente Gimeno Sendra y Víctor Moreno Catena. Derecho Procesal. Tomo I. Proceso Civil (2). Valencia: Tirant lo Blanch, 1986.
- Álvarez Sacristán, Isidoro. "La justicia y su eficacia. De la Constitución al proceso". La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, n.º 6 (1999).
- Alzaga Villaamil, Oscar. "Los valores superiores del ordenamiento jurídico". En Derecho Político español según la Constitución de 1978. Tomo I. Constitución y fuentes del Derecho. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- Arce, Joaquín. Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional. Madrid: Civitas, 1990.
- Atienza, Manuel. Filosofía del Derecho y transformación social. Madrid: Trotta, 2017.
- Beladiez Rojo, Margarita. Los principios jurídicos. Madrid: Tecnos, 1997.
- Berzosa Francos, María Victoria. "Principios del proceso". Justicia, n.º 3 (1992): 553-620.
- Cabral, Antonio do Passo y Pedro Henrique Nogueira. Negócios Processuais. Salvador de Baía: JusPodivm, 2019.
- Calvo Sánchez, María del Carmen. "La recusación de los Jueces y Magistrados (II)". Revista Universitaria de Derecho Procesal, n.º 1 (1988): 75.
- Cintra, Antônio Carlos De Araújo, Ada Pellegrini Grinover y Candido Rangel Dinamarco. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.
- Devis Echandía, Hernando. Teoría General del Proceso. Buenos Aires: Editorial Temis, 1997.
- Devis Echandía, Hernando. Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Bogotá: Editorial Temis, 2009.
- Dinamarco, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.
- Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel DERECHO, 2004.
- Dwyer, Déirdre. The Civil Procedure Rules Ten Years On. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- España Tribunal Constitucional. Sentencia 26/1987. Boletín Oficial del Estado 71, 24 de marzo de 1987, ECLI:ES:TC:1987:26. <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1987/26>.
- Freshfields. The Woolf Reforms In Practice. Freshfields Assess The Changing Landscape. London: Butterworths Law, 1998.

- García Odgers, Ramón. El case management en perspectiva comparada. Teoría, evolución histórica modelos comparados y un caso en desarrollo. Santiago de Chile: Tirant Lo Blanch, 2020.
- Gimeno Sendra, Jose Vicente. Fundamentos de Derecho Procesal. (Jurisdicción, Acción y Proceso). Madrid: Civitas, 1981.
- Gomes Canotilho, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003.
- Gómez de Liaño González, Fernando. "La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". Justicia: revista de derecho procesal, n.º 3 (1986): 549-576.
- Gomez Orbaneja, Emilio. El ejercicio de los derechos. Madrid: Civitas, 1975.
- Guasp Delgado, Jaime. "La pretensión procesal". Anuario de derecho civil 5, n.º 1 (1952): 7-61.
- Marinoni, Luiz Guilherme. "El acuerdo sobre la prueba y los objetivos del proceso civil". La prueba en el proceso. Evidence in the process. Barcelona: Atelier, 2018.
- Nieto, Alejandro. El malestar de los jueces y el modelo judicial. Madrid: Trotta, 2010.
- Oteiza, Eduardo. "Introducción. Principios procesales: aclaraciones para contrarrestar su ambigüedad". En Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica. Lima: Palestra, 2018.
- Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2008.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio. Los valores superiores. Madrid: Tecnos, 1984.
- Pedraz Penalva, Ernesto. "Notas sobre publicidad y proceso". Poder Judicial, n.º extra 11 (1990): 203-226.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 2013.
- Pérez Escobar, Jacobo. Derecho constitucional colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 2010.
- Picó i Junoy, Joan. Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2012.
- Ramos Méndez, Francisco. Para un proceso civil eficaz. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona 1982.
- Ramos Méndez, Francisco. El sistema procesal español. Barcelona: Atelier, 2016.
- Ramos Pascua, José Antonio. La ética interna del Derecho. Bilbao: Desclée De Brouwer, 2007.
- Rodilla González, Miguel Ángel. Teoría del Derecho. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2013.
- Sobral Fernández, Jorge y José Antonio Gómez Fragueta. "Los jueces y sus decisiones: la reconstrucción de la 'verdad'". En Psicología Jurídica. Madrid: Pearson Educación, 2006.
- Storme, Marcel y Helene Casman. Towards a justice with human face. The first international congress on the Law of Civil Procedure. Antwerpen: Faculty of Law - State University Of Ghent, 1978.
- Taruffo, Michele. Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons 2010.
- Vázquez Sotelo, José Luis. "Los principios del proceso civil". Justicia, n.º 3 y 4 (1993): 600.
- Vila Casado, Iván. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. Bogotá: Universidad Libre 2012.



FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

Número de edición 033

ISSN: 2661-6866

Dirección: Juan León Mera N19-36 y Av. Patria

Edificio Fiscalía General del Estado. Piso 6

Teléfono: (02) 3985 800 Ext. 173037

Mail: estudiospenales@fiscalia.gob.ec

Fiscalía General del Estado

Dirección de Estudios Penales

Quito - Ecuador